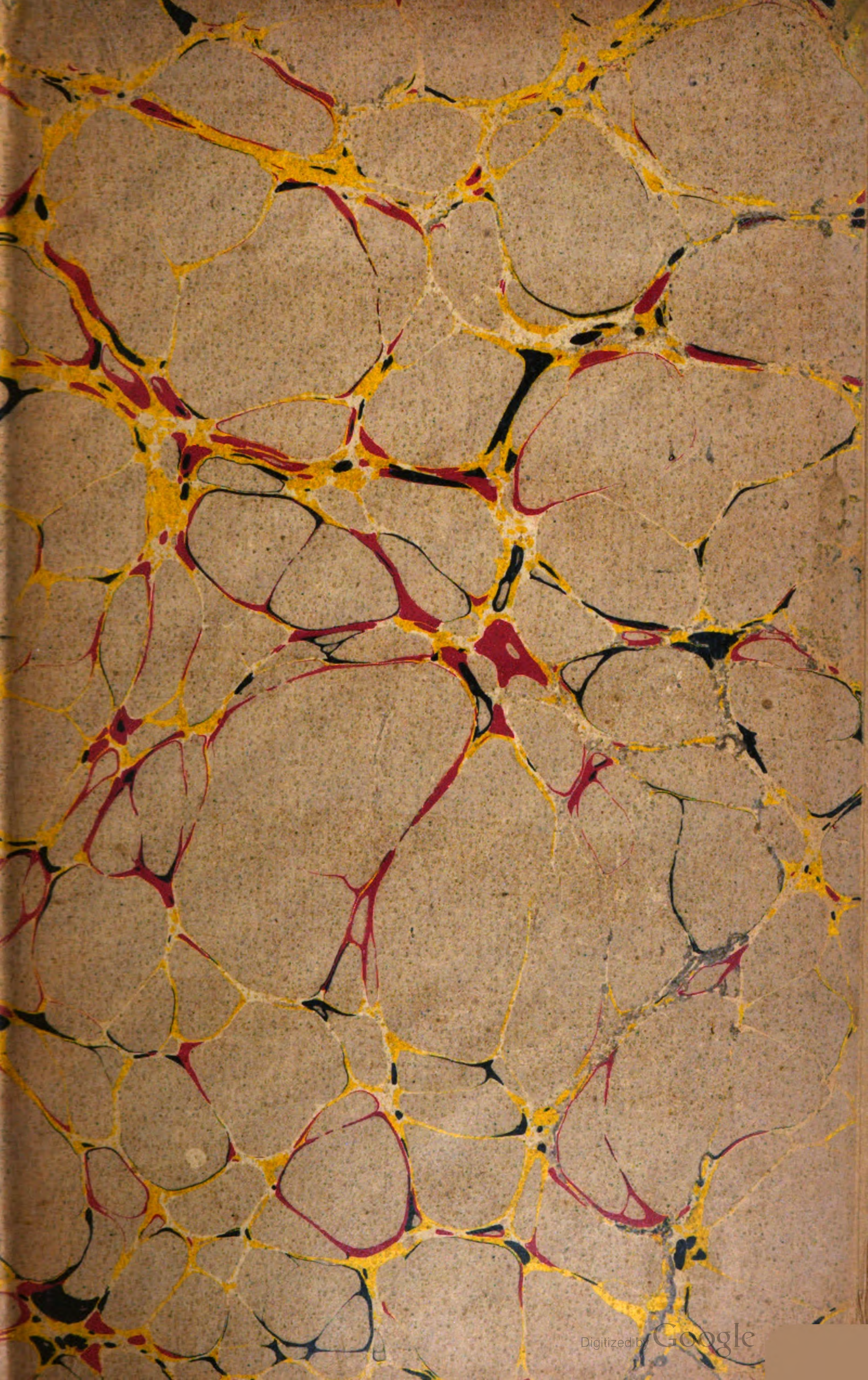




France

LE
MARIAGE CIVIL
ET
LE DIVORCE

OUVRAGES DU MÊME AUTEUR

De l'accroissement en droit romain. 1862.

Du droit de rétention, un vol. in-8°. 1862.

De la Bonorum possessio établie par l'édit Carbonien. 1866, broch. in-8°.

Étude sur Gaïus et sur le Jus respondendi. 1866, broch. in-8°.

Du consentement des époux au mariage, d'après le droit romain, le droit canonique, l'ancien droit français, le Code Napoléon et les législations étrangères. 1866, un vol. in-8°.

Étude sur les donations à cause de mort, en droit romain (R. C.) 1870, un vol. in-8°.

Éléments du droit français considéré dans ses rapports avec la morale et l'économie politique. 1875, 2 vol. in-18 jésus.

CHAUMONT. — TYPOGRAPHIE CAVANIOL.

LE

MARIAGE CIVIL

ET

LE DIVORCE

DANS L'ANTIQUITÉ

ET DANS LES PRINCIPALES LÉGISLATIONS MODERNES DE L'EUROPE

ÉTUDE DE LÉGISLATION COMPARÉE

PRÉCÉDÉE D'UN APERÇU

SUR LES ORIGINES DU DROIT CIVIL MODERNE

PAR

Désiré

ERNEST GLASSON

Professeur à la Faculté de Droit de Paris

Professeur à l'École des Sciences politiques

DEUXIÈME ÉDITION

REVUE ET CONSIDÉRABLEMENT AUGMENTÉE

PARIS

A. DURAND ET PEDONE-LAURIEL, ÉDITEURS

Libraires de la Cour d'Appel et de l'Ordre des Avocats

G. PEDONE-LAURIEL, Successeur

13, RUE SOUFFLOT, 13

1880

PRÉFACE DE LA SECONDE ÉDITION

Cette seconde édition est beaucoup plus étendue que la première ; elle contient aussi d'importants changements. L'auteur a pu se procurer, depuis sa première publication, un grand nombre de renseignements nouveaux sur les législations anciennes et modernes ; de précieuses indications lui ont été fournies par un certain nombre de jurisconsultes et de savants, français et étrangers. A l'occasion de cette seconde édition, il leur adresse ses remerciements.

Certaines législations étrangères passées sous silence dans la première édition, ont été étudiées d'après les documents parvenus jusqu'à nous ; le droit romain a été beaucoup plus développé. Parmi les législations modernes, celles de l'Italie, de

l'Autriche, de l'Allemagne, de la Suède, ont été exposées avec plus de détails. Une partie spéciale a été consacrée à la statistique, française ou étrangère, qui joue un rôle si important dans la question du divorce.

On s'est d'ailleurs attaché à conserver au livre son caractère : ce n'est pas une œuvre de parti, de polémique religieuse ou politique, mais un travail exclusivement scientifique, qui s'efforce d'établir avec impartialité les lois, les usages, les documents, les faits relatifs au mariage civil et au divorce. Aussi les partisans du divorce comme ses adversaires, ceux qui défendent la nécessité du mariage civil comme ceux qui revendiquent le mariage au nom de la religion, pourront-ils trouver, les uns et les autres, des arguments à l'appui de leurs thèses. L'auteur ne pouvait toutefois pas se dispenser de faire connaître ses préférences ; il s'est même attaché à donner beaucoup plus de développement à ses conclusions qu'il ne l'avait encore fait. Il a remarqué que ses premières conclusions n'avaient pas toujours été bien comprises, à

cause de leur brièveté; il s'est mis en garde contre les dangers d'un trop grand laconisme.

L'auteur a fait précéder, comme la première fois, cette étude sur le mariage civil et sur le divorce, d'une introduction consacrée aux sources du droit civil moderne en Europe. On a demandé quel peut être le lien entre ces deux sujets. Voici la réponse. L'auteur se propose de publier d'autres études de législation comparée sur l'organisation actuelle de la famille en Europe. S'il a commencé par le mariage et le divorce, c'est parce que l'union conjugale étant la base même de la famille, il fallait, avant tout, déterminer ses caractères, rechercher si le mariage est un acte religieux ou civil, dissoluble ou indissoluble. Mais avant d'étudier la famille dans les lois civiles actuelles, il était nécessaire de faire connaître, une fois pour toutes, les sources auxquelles remontent ces lois.

PRÉFACE DE LA PREMIÈRE ÉDITION

Cette étude est extraite d'un cours de *Législation civile comparée* professé à l'*École libre des sciences politiques*. Quelques esprits ont de nouveau soulevé en France, dans ces derniers temps, la question du divorce et même celle du mariage civil. On a pensé qu'il ne serait pas sans intérêt de faire connaître comment ces graves problèmes qui tiennent à l'organisation de la famille et qui touchent aux rapports de l'État avec le pouvoir spirituel, ont été compris et résolus par les lois étrangères les plus récentes. Dans ce but, on s'est attaché à rappeler les circonstances au milieu desquelles ces lois ont été votées et, autant que possible, on a indiqué leurs rapports avec les mœurs des pays où

1

elles sont observées. L'étude des législations étrangères ne présenterait pas un bien sérieux intérêt, si elle n'avait pas pour objet de rechercher dans quel but et pour quels motifs ces législations présentent telles ou telles particularités. Le jurisconsulte qui étudierait ces lois d'une façon purement abstraite et sans tenir compte des mœurs auxquelles elles s'appliquent, ne se rendrait pas mieux compte de leur jeu dans l'ordre social qu'un mécanicien ne comprendrait exactement l'effet d'une machine dont il ne mettrait pas les pièces en mouvement.

APERÇU

SUR LES

SOURCES DU DROIT CIVIL

EN EUROPE

I. — GÉNÉRALITÉS

Pour connaître la formation du droit civil actuellement en vigueur dans les principaux pays de l'Europe, il faut rechercher quelles sont les sources de ce droit aux différentes époques de l'histoire. De toutes les législations de l'antiquité, c'est, sans contredit, le droit romain qui s'est le plus rapproché de la perfection. Après l'invasion barbare, le droit romain, éteint comme science, n'en est pas moins resté en vigueur comme loi, au moins pour les vaincus, dans la plupart des parties de l'Europe occidentale où il avait été jusqu'alors observé. Les rois barbares firent rédiger des recueils de lois romaines à l'usage des vaincus et des recueils de lois barbares pour les vainqueurs. Mais ces lois barbares, sauf le droit lombard, n'ont jamais constitué les éléments d'une science ; elles n'ont formé que le germe du droit coutumier qui s'est surtout développé dans la seconde partie du moyen âge, à côté du droit féodal et du droit canonique. La féodalité et l'Eglise avaient, en effet, comme pouvoirs politiques, donné naissance à des lois positives. Mais le droit féodal et le droit canonique ont nécessairement perdu toute leur autorité avec l'abaissement de la féodalité et du pouvoir tempo-

rel de l'Eglise. Dans les temps modernes, c'est l'autorité royale qui, parvenue au pouvoir absolu jusqu'au commencement de ce siècle, prend en main et dirige le mouvement législatif dans la plupart des pays. Le droit romain et le droit coutumier dérivé des lois barbares, constituent les principales sources du droit civil moderne; mais, dans certains pays, ces sources s'excluent, tandis que dans d'autres, elles se sont développées toutes deux à la fois (1).

On peut ramener les législations des principaux pays de l'Europe à trois groupes principaux.

Les unes ont gardé leur caractère national, fondé le plus souvent sur le droit barbare modifié par les coutumes; les autres ont conservé ou adopté, comme base du droit civil, la législation romaine dont l'esprit a passé dans leurs codes actuels; dans d'autres enfin, l'élément romain s'est juxtaposé à l'élément barbare ou coutumier pour se fusionner ensuite avec lui.

Il ne faudrait toutefois pas accepter cette classification d'une manière trop absolue. Et d'abord, le droit féodal et le droit canonique ont partout exercé une influence relative. D'un autre côté, même les nations les plus attachées à leurs anciennes coutumes, ont subi, dans certains cas, l'influence romaine; c'est ce qui a eu lieu en Angleterre. A l'inverse, les pays de droit romain par excellence, comme l'Italie, se sont approprié des coutumes germaniques. Mais il suffit que notre classi-

(1) Le droit canonique a exercé une grande influence sur la procédure. Dans le droit civil, son rôle a été moins considérable, mais important cependant, surtout pour le mariage et les institutions qui s'y rattachent. Pour quelques autres parties du droit civil, et même parfois à propos du mariage, le droit canonique s'est d'ailleurs souvent borné à faire des emprunts à la loi romaine. Quant au droit féodal, il a surtout organisé le régime de la propriété foncière et les autres parties du droit civil qui s'y rattachent.

fication indique exactement les traits généraux du droit civil en Europe, pour que nous la prenions comme base de ce travail.

Les législations où domine presqu'exclusivement l'élément romain sont le code civil roumain (1864), le code civil italien (1866), le code civil portugais (1868), le droit grec et celui de l'Espagne. Toutefois, dans ce dernier pays, le droit canonique a joué un rôle au moins aussi important que celui du droit romain. L'Espagne est restée, jusque dans ces derniers temps, la patrie du droit canonique, bien plus que les états du pape, où le droit romain a toujours joui d'une autorité prépondérante.

L'Angleterre a constamment résisté au droit romain ; on y a étudié ce droit dans les universités, mais jamais il n'est entré dans les mœurs. Dans ces conditions, la science du droit romain ne pouvait jeter un vif éclat ; aussi l'Angleterre est-elle le seul pays de l'Europe qui ne puisse citer parmi ses jurisconsultes un romaniste de premier ordre. Les lois scandinaves sont également restées pures de tout mélange. Il faut en dire autant du droit civil de la Russie qui est demeurée étrangère à la civilisation de l'Europe occidentale jusqu'au siècle dernier.

L'élément romain et l'élément barbare ou coutumier se sont, au contraire, fusionnés en France et en Allemagne ainsi que dans les pays secondaires qui subissent l'influence de ces deux grandes nations. Mais cette fusion s'est opérée différemment dans les deux pays : chez nous, elle résulte du code civil ; en Allemagne, elle s'est faite sous l'influence des jurisconsultes.

II. — PAYS OU DOMINE L'ÉLÉMENT ROMAIN

A. Italie (1)

L'Italie est la terre classique du droit. Dans l'antiquité, le droit romain a gouverné le monde civilisé et, à la fin du moyen âge, les jurisconsultes de l'école de Bologne ont répandu dans toute l'Europe les principes de la science du droit, en divulguant les trésors de la législation romaine. On a fait remarquer, avec raison, que l'Italie est le pays qui a subi le plus d'invasions et qui en a le moins conservé la trace. Aussi le droit romain n'a jamais cessé d'y être observé. Quiconque se mêle aux Italiens, disait le Goth Cassiodore, devient bientôt sujet de la loi romaine (2).

L'histoire de la législation italienne peut se ramener

(1) *Bibliographie. Histoire de la législation italienne,* par Frédéric Sclopis, traduite en français, par Charles Sclopis. — *Aperçu sur l'histoire des lois de Naples,* par Caponi. — *Mémoire sur le Code civil sarde,* par Portalis. — *Le droit romain et le droit canon en Italie,* par le comte Sclopis. — *Le Code civil italien,* par Huc. — *Étude sur le Code civil français* et le *Code civil italien,* discours de rentrée prononcé à la cour de Besançon en 1875, par M. l'Avocat général Tournyer. — Pertile, *Storia del diritto dalla cadutta dell imperio romano alla codificazione.*

(2) Varia, I, 27.

à trois périodes : l'époque de lois lombardes qui ouvre le moyen âge ; celle des statuts municipaux qui marque la fin du moyen âge et le commencement des temps modernes ; enfin, celle des codes généraux qui est l'époque contemporaine. Pendant ces trois périodes l'Italie conserve toujours fidèlement ses institutions civiles, son droit propre, comme l'Angleterre, comme la Scandinavie. Le code civil actuel qui commence peut être une nouvelle période (plus remarquable jusqu'à ce jour par le nombre de ses productions scientifiques que par leur originalité) s'est constamment inspiré des lois antérieures ; il consacre, lui aussi, un droit italien.

Odoacre et ses bandes avaient renversé l'empire d'Occident en 476 ; mais Théodoric, roi des Ostrogoths, excité par l'empereur d'Orient, Zénon, qui redoutait son voisinage, attaqua Odoacre et lui reprit l'Italie. Les Ostrogoths fondèrent, en 493, un royaume sur lequel l'empereur d'Orient exerça une sorte de suzeraineté, mais cette suzeraineté fut purement nominale et, en fait, Théodoric se conduisit en roi indépendant. L'établissement des Goths ne changea rien à la condition des italiens ; ils conservèrent leurs lois et même leurs propriétés, les biens repris aux bandes d'Odoacre ayant suffi pour satisfaire les nouveaux vainqueurs. Théodoric procéda même autrement que ne l'avaient fait jusqu'alors les chefs barbares. Ceux-ci avaient appliqué, à la suite de leurs conquêtes, le principe de la personnalité des lois. Il était admis, chez les barbares, qu'un homme restait soumis à la loi de son pays et qu'il devait être jugé d'après cette loi, même lorsqu'il se trouvait à l'étranger. Les rois barbares, fidèles à ce principe, avaient laissé aux vaincus la loi romaine dont ils rédigèrent des codes et avaient conservé, pour eux, leurs lois pro-

pres (1). Cependant Théodoric n'imita pas cet exemple. Au lieu d'appliquer le principe de la personnalité des lois, de conserver aux Ostrogoths leurs coutumes nationales et aux Italiens le droit de l'empire d'Occident, il fit rédiger un code emprunté au droit romain (en particulier, au code Théodosien) et qui dut s'appliquer à tous, aux Ostrogoths et aux Italiens ; le vainqueur se soumit à la loi romaine. Malgré ces concessions, et bien que Théodoric fut complètement dévoué à la civilisation romaine, ce prince ne put s'attirer l'affection des Italiens; on lui reprochait d'être arien. Après la mort de Théodoric, l'empereur d'Orient Justinien profita des dissensions qui avaient éclaté en Italie pour s'emparer de ce pays. Il s'empressa d'y publier et d'y rendre obligatoires ses compilations et ses lois. Nous devons peut-être à cette circonstance d'avoir connu les œuvres de Justinien ; si elles ne s'étaient pas appliquées en Italie, qui pourrait affirmer qu'elles seraient parvenues jusqu'à nous ? En Orient, on le sait, les compilations de Justinien furent remplacées par les Basiliques et condamnées à l'oubli.

L'Italie ne resta que peu de temps sous la domination de l'empire d'Orient. Les Lombards s'emparèrent de ce pays dans la seconde moitié du sixième siècle et y fondèrent un empire bien différent, par le caractère, de celui des Goths. L'empire d'Orient ne conserva en Italie que le territoire de Ravennes, Naples, une partie de la Calabre et Rome. Mais à Rome, toute l'autorité

(1) C'est à cause du principe de la personnalité des lois que l'on indiquait avec soin, dans les écrits constatant les contrats, la nationalité des parties. De même, en justice, on demandait aux plaideurs à quelle nation ils appartenaient pour leur appliquer la loi de leur pays et les tribunaux avaient à leur disposition des recueils où se trouvaient réunies la plupart des lois nationales et étrangères.

avait déjà passé, de fait, au pape. La domination des Lombards fut dure en Italie ; les auteurs de l'époque, Paul Diacre notamment, font de la conquête le plus triste tableau. Au bout de trois quarts de siècle, Rotharic prescrivit la rédaction des coutumes lombardes, en un code. Ce code est bien différent de celui de Théodoric. C'est une loi toute germanique, de même que le code de Théodoric était exclusivement romain ; certaines coutumes germaniques sont même mieux accentuées dans le recueil de Rotharic que dans les autres lois barbres. Mais ce code des lois lombardes ne fit pas disparaître le droit romain et les lois lombardes postérieures en subirent même directement l'influence. Et d'abord, le droit romain resta la loi des vaincus. On a soutenu que les Lombards avaient enlevé aux Italiens le droit romain et le régime municipal, mais cette opinion est aujourd'hui abandonnée. L'élément romain s'introduisit peu à peu dans les lois lombardes ; la conversion des Lombards ariens au catholicisme ne fut pas sans influence sur ce changement. Le code de Rotharic fut modifié sous Grimoald ; l'influence du droit romain se fait déjà sentir, mais à un faible degré seulement. Dans la suite, les édits de Luitprand, Rachis et Astolf s'inspirèrent directement de ce droit et l'on assista à une véritable transformation de la législation lombarde. Cette législation fut ensuite refondue dans un résumé composé par un auteur dont le nom est resté ignoré, et son œuvre, connue sous le nom de *Lombarda Lex*, jouit d'une grande autorité et devint d'un usage habituel pour les tribunaux.

Pépin, appelé par le pape en Italie, battit les Lombards et leur enleva des possessions qu'il donna au Saint-Siége. Charlemagne acheva la conquête commen-

cée par son père et mit fin à la domination des Lombards; mais le droit de ces barbares se maintint pour eux, comme loi personnelle, à côté du droit romain qui continua à régir les Italiens.

Le droit lombard eut même une meilleure fortune que les autres lois barbares; il fit naître une école où il devint l'objet d'études scientifiques, comme le droit romain. D'ailleurs le droit romain fut admis aussi pour les Lombards comme loi subsidiaire, toutes les fois que la loi lombarde faisait défaut.

La paix de Constance ouvre la seconde période de l'histoire du droit italien. Les villes italiennes, devenues maîtresses d'elles-mêmes, s'organisent en républiques sur le modèle de l'antiquité : consuls annuellement élus, comices populaires, liberté consistant dans la participation à une puissance publique, souvent inquisitoriale, toujours oppressive, lois contre les célibataires, lois somptuaires, etc. Dans la vie politique comme dans la vie privée, dans la famille, c'est toujours le droit romain qui est observé. Le droit canonique et les lois des Lombards ne pénètrent jamais profondément et ne parviennent pas à altérer le caractère du droit indigène. La procédure devient, il est vrai, canonique, mais les institutions civiles restent telles que les avaient établies les Romains. Le droit canonique n'était pas plus que la loi lombarde compatible avec les mœurs des républiques italiennes. Le droit lombard disparut sans laisser beaucoup de traces de son passage. Les rares débris des lois lombardes étaient ceux qui asservissaient les femmes, les frappaient d'incapacité ou d'impuissance. Mais le morgengab germanique redevint la *donatio ante nuptias,* le *mundium* se convertit en une tutelle romaine, le régime dotal resta toujours

debout avec l'inaliénabilité de la dot et l'hypothèque privilégiée de Justinien.

La plupart des villes italiennes rédigèrent leurs statuts, mais les dispositions de ces lois municipales furent presque toutes empruntées au droit romain, et, comme elles étaient le plus souvent fort incomplètes, ce fut encore à la loi romaine que l'on recourut comme droit commun italien. A Florence, à Lucques, à Milan, à Mantoue, dans le duché de Parme, dans les royaumes de Naples et de Sicile, dans le duché de Savoie, on observa le droit romain comme règle générale, qu'il y eût ou non des statuts municipaux ; Venise forma toutefois exception. On lit en tête des statuts de Pise : « La loi de cette ville est la loi romaine, mêlée de quelques restes de la loi lombarde. » Les statuts de Rome décident que les jugements seront rendus d'après le droit romain et qu'on recourra au droit canonique seulement en cas de silence du premier.

Le droit canonique était plus respecté loin de Rome qu'auprès du Saint-Siége ; il n'a jamais occupé dans la législation italienne qu'une place secondaire, au-dessous du droit romain et des statuts municipaux. A Rome même, quand le sénateur venait prêter au Capitole le serment que lui imposait la loi de la cité, il jurait de faire observer, avant tout, le droit civil, c'est-à-dire le droit romain et, à son défaut seulement, le droit canonique.

Pendant cette période, l'Italie forme le centre des lumières ; l'Europe moderne lui doit sa civilisation dont le point de départ est marqué par la renaissance des lettres, des arts et du droit. C'est de l'université de Bologne que se répandent dans toute l'Europe les principes du droit romain ; c'est du droit canonique de

Rome que découlent les formes de la procédure moderne substituées à celles du droit barbare ou féodal (1).

Après quelque temps de gloire et de liberté, l'Italie devint de nouveau le théâtre d'invasions et fut encore courbée, au moins en grande partie, sous le joug de l'étranger, jusque dans ces derniers temps. Mais les principes du droit romain résistèrent aux invasions et aux conquêtes des temps modernes comme ils avaient triomphé de celles du moyen âge.

Au moment de la formation de l'unité italienne, le droit civil avait été, dans la plupart des États de la Péninsule, rédigé en codes composés, en général, sur le modèle du nôtre, mais avec exclusion presque complète de l'élément germanique qui a passé dans notre code civil. Nous ne parlerons pas du royaume lombard-vénitien qui était soumis au code autrichien ; en pratique, par exemple dans les contrats de mariage, on éludait autant que possible les dispositions de ce code, toutes les fois qu'elles s'éloignaient des traditions italiennes.

Le royaume de Sardaigne avait d'abord été régi par le droit romain, le droit canonique, les édits des princes et les statuts locaux. En 1723, Victor-Amédée publia les *Leggi e Constituzioni di S. M. da osservarsi nelle materie civili e criminali* ou Code Victorien, dont son fils, Victor Emmanuel III, donna une seconde édition en 1770. Après la réunion de la Sardaigne à la France, le Code Napoléon y fut mis en vigueur; mais lorsque

(1) On avait une telle confiance dans la science italienne, que, d'un commun accord, les plaideurs portaient leurs procès les plus importants devant la cour de Rome. Charles VI défendit, en 1387, d'évoquer devant le tribunal de la Rote les affaires dont la connaissance appartenait à ses juges.

la Sardaigne fut rendue à elle-même, la haine contre la France était telle, que, sans aucun autre motif, sans rechercher si le changement qu'on allait introduire conviendrait aux mœurs nouvelles, on remplaça notre loi civile par l'ancien code Victorien qui fut remis en vigueur. Bientôt, on fut obligé de se rendre à l'évidence et de reconnaître combien cette législation était, par son esprit et par sa confusion, inférieure à notre code civil. Des récriminations s'élevèrent de toutes parts contre elle et, pour leur donner satisfaction, en 1820, le roi chargea une commission de préparer un nouveau code. Ce code, terminé le 20 juin 1837 et mis en vigueur à partir du 1er janvier 1838, est connu sous le nom de code Albertin, parce qu'il fut promulgué sous le règne de Charles-Albert. Rédigé à la fois en langues française et italienne, il se rapproche, pour la forme, de notre code civil, mais, au fond, il reste fidèle aux principes du droit romain (1).

Le code Albertin ne s'est appliqué à l'île de Sardaigne qu'à partir de 1848. Jusqu'à cette époque, la grande île était soumise à des lois civiles différentes de celles qui étaient observées sur la terre ferme. Régie autrefois par les statuts de Sanari (1316) ou par la Charte d'Eléonore (1336), puis par les lois royales sous la domination de l'Aragon, enfin par les lois de la maison de Savoie, l'île de Sardaigne servit de refuge à ses princes exilés de 1800 à 1814. Aussi ne fut-elle jamais soumise au Code Napoléon. En 1827, la Sardaigne reçut un code spécial qui fut observé jusqu'en 1848. A cette dernière époque, on y introduisit le code Albertin qui était, depuis dix ans déjà, en vigueur dans le reste du Piémont.

(1) Le code Albertin a fait l'objet d'un travail remarquable de la part du comte Portalis à l'Académie des sciences morales et politiques.

Le code de Parme (Plaisance et Guastalla) se rapprochait beaucoup plus que le code Albertin de notre droit civil. Il avait été promulgué le 1[er] juillet 1820, sous la duchesse Marie-Louise. Ce code, préparé avec soin par plusieurs commissions successives de jurisconsultes de Milan et de Parme, faisait de nombreux emprunts au code civil français dont il respectait presque toujours, sinon le texte exact, du moins l'ordre et l'esprit.

Le duché de Modène était régi par un code civil dont la première édition remontait au duc François IV. Une seconde édition de ce code avait été mise en vigueur à partir du 1[er] février 1852 ; elle s'inspirait de notre code civil, du code Albertin et du code de Parme (1).

En Toscane, notre code civil avait été introduit en 1808, mais il avait cessé d'y être observé dès 1814. A cette époque, on ne respecta parmi ses dispositions que celles relatives à la preuve testimoniale. Au moment de son annexion à l'Italie, la Toscane était soumise à un grand nombre de lois ducales spéciales, rendues à différentes époques et embrassant la plupart des matières du droit civil, subsidiairement au droit romain, en matière de mariage au droit canonique.

Au centre de l'Italie, le droit civil avait peu varié dans les Etats du pape au moment où le roi Victor Emmanuel s'en empara au nom de l'unité italienne. C'était encore le droit romain qui était observé comme loi civile. Il avait été, sans doute, composé entre 1830 et 1840 une sorte de code général sous le nom de *motu*

(1) Ce code avait subi une importante modification en vertu d'un décret du 7 novembre 1855 en matière de mariage. D'après ce décret, le mariage civil ne précède pas nécessairement le mariage religieux, il peut le suivre.

proprio, mais ce code ne comprenait que la procédure, l'organisation judiciaire et le régime hypothécaire. Cinquante-neuf articles seulement étaient consacrés aux personnes, aux successions, aux testaments, aux contrats. Sur tous les autres points, le droit romain continuait à occuper le premier rang ; c'est seulement dans quelques parties qu'il avait été modifié par le droit canonique. Le *motu proprio* reconnaissait lui-même cette prééminence du droit romain lorsqu'il proclamait, dans son article 1er, que : « Les lois du droit commun (c'est-à-dire le droit romain) *modérées* suivant le droit canonique et les constitutions apostoliques, continueront à être la règle (1). »

Au sud de l'Italie, notre code civil, introduit au commencement de ce siècle par la domination française, fut maintenu par les Bourbons restaurés, sauf certaines modifications et il fut même étendu, par une ordonnance du 21 mai 1819, à l'île de Sicile qui avait été jusqu'alors régie par le droit romain et par des statuts.

Telles étaient les législations en vigueur au moment où le nouveau code civil italien a établi l'unité. Pour montrer avec quelle vigueur l'esprit de l'ancien droit romain s'était transmis de siècle en siècle sur cette terre classique du droit, il suffira de rappeler comment la puissance paternelle était organisée en Toscane et dans les Etats du pape. Cette puissance était restée le fondement de la famille; absolue, illimitée, perpétuelle, elle n'appartenait qu'au père ou à l'aïeul, à l'exclusion des femmes; le fils de famille ne possédait que des pécu-

(1) Les décisions du tribunal de la Rote avaient aussi force de loi dans les limites de la loi 33, *De legibus*, pour l'interprétation des questions de droit douteuses. Chacun connaît la célébrité de ce tribunal de la Rote.

les; la puissance paternelle ne s'éteignait même pas par le mariage, elle ne prenait fin que par l'émancipation ou le décès des ascendants. Depuis 1814 cependant, une loi avait décidé en Toscane que les fils seraient, de plein droit, émancipés à trente ans et les filles à quarante. De même, dans le code civil Albertin, la puissance paternelle s'était adoucie, mais elle avait encore conservé son caractère essentiellement romain.

Les Italiens, comme les Allemands, ont compris qu'une législation civile unique est une grande force pour un État, qu'elle rapproche les provinces et complète l'unité politique ; aussi le nouveau code civil italien a été mis en vigueur dans les différentes provinces que le royaume d'Italie s'est annexé successivement.

Le projet de ce code remonte à la fin de 1859. Deux décrets des 24 décembre 1859 et 25 février 1860 nommèrent une commission chargée de préparer ce projet, mais c'est seulement le 1er janvier 1866 que le code est entré en vigueur, après avoir fait l'objet de sérieuses discussions.

Le code civil italien est conçu sur le plan du nôtre. Il est divisé en trois livres traitant des mêmes objets que notre code civil (1). On a toutefois écarté de ce code les dispositions de notre loi civile qui tiennent au droit international privé, on a supprimé les règles relatives aux effets des condamnations pénales sur la capacité civile, tout ce qui tient à la procédure a été soigneu-

(1) Livre Ier : Des personnes. — Livre 2 : Des biens, de la propriété et de ses modifications. — Livre 3 : Des modes d'acquisition et de transmission de la propriété et des autres droits sur les choses. Le code civil italien, comme le nôtre, commence par des dispositions générales et finit par la prescription. Il comprend 2159 articles (dont 12 préliminaires qui ont un numérotage spécial, ce qui fait 2147), 122 articles de moins que notre code qui en compte 2281.

sement écarté ; on n'a pas eu à traiter le régime de communauté. Ces suppositions expliquent comment il se fait que ce code soit moins étendu que le nôtre. On aurait pu le rendre plus court encore, en faisant disparaître un certain nombre de définitions et de règles d'interprétation qui se trouveraient mieux à leur place dans un livre de doctrine que dans un code, mais le législateur italien a, sous ce rapport, subi l'influence de notre code civil. Il a su toutefois combler certaines lacunes de notre loi ; c'est ainsi qu'il a consacré des dispositions à l'état d'indivision, à l'emphytéose ; de même, la théorie de la possession et celle de la transcription y sont traitées d'une manière complète.

Mais le principal mérite du législateur italien, c'est d'avoir su conserver au droit de son pays son caractère national, d'avoir respecté la tradition, tout en tenant compte des besoins nouveaux et en réalisant les changements imposés par les progrès des mœurs. Le code italien n'est pas, comme le nôtre, un mélange de droit romain et de droit germanique ; le droit romain est encore le seul fondement du code italien, mais il a été assoupli aux besoins de l'Etat et de la famille modernes. Ainsi, dans la loi romaine, le principe d'ordre et de discipline l'emporte sur celui de liberté individuelle et d'indépendance ; l'autorité absolue du père ne connaît pas de bornes dans la famille ; dans les rapports entre particuliers, le droit romain multiplie les entraves (limitation des contrats, formalisme gênant, le droit strict opposé à la bonne foi, limitation du taux de l'intérêt, etc.) Le législateur italien a compris que l'esprit de notre époque est favorable à une certaine indépendance dans la famille et à une grande liberté dans les transactions sociales : la puissance paternelle a été modérée ; la

femme a pris sa part d'influence dans les affaires du ménage ; la liberté des transactions a été consacrée ; le prêt à intérêt n'a plus été soumis à aucune restriction. Mais la préférence marquée par le législateur italien pour le régime dotal et le système adopté en matière de succession prouvent jusqu'à l'évidence que le fond de la législation est resté romain.

B. Espagne (1).

En Espagne, le droit civil offre des caractères bien différents : il a pris sa source plutôt dans le droit canonique que dans le droit romain ; si certaines dispositions du droit romain ont été adoptées, c'est parce que le clergé y a consenti ; la législation positive est, avant tout, théocratique. Mais, à raison même de ce caractère, elle se met plus d'une fois en contradiction avec les mœurs de la nation ; de là une lutte de plusieurs siècles entre les coutumes locales et le droit écrit.

L'histoire du droit espagnol peut se grouper autour de quatre grandes œuvres législatives : le *fuero juzgo* des Visigoths ; les sept parties d'Alphonse le sage ; la Recompilation de Philippe II ; la Recompilation de Charles III en 1805.

Chassés du sud de la Gaule par Clovis, les Visigoths s'établissent en Espagne avec leur code de Reccared,

(1) *Bibliographie :* Gomez de la Serna, *Elementos del derecho civil y penal de Espana prœcedidos de una resena historica de la legislacion espanola.* — Garcia, *Historia de la ley primitiva de los Visigodos.* — Gonsalez y Serrano, *Conventorio historico à las Leyes de Toro.* — Lamas Varela, *Nuevo manual de derecho civil espanôl, precedito de una breva resena historica del mismo.* — Antequera, *Historia de la legislacion espanola.* — Oliver, *Historia del derecho en Catalluna, Malloria y Valencia.* — Fernandez Elias, *Historia del derecho y de su desencolvimiento en Espanâ, o introduccion à los codigos espanoles, concordados y comentados.* — Lama Varela, *Nuovo manual de derecho civil espanol, precedido de una breva resena historica del mismo.* — *Le droit romain en Espagne* par Laboulaye, dans la Revue de Woloswki, XVII, 5. — Du Boys, *des fueros d'Espagne* dans la Revue historique, XII, 188. — De Medina y Flores, *Le droit espagnol en 1744* dans la Revista general de legislacion y jurisprudencia, t. LII.

composé en partie de coutumes barbares et de lois romaines.

Avant la rédaction de ce code, les Visigoths, avaient suivi, comme les autres barbares, le système des lois personnelles; les sujets romains étaient soumis au bréviaire d'Alaric et les vainqueurs continuaient à observer leurs coutumes nationales. Mais, environ un siècle après la publication du bréviaire, les Visigoths publièrent un autre code qui fut commun aux barbares et aux romains. On se proposait, par ce moyen, de compléter la fusion des deux éléments et de mieux assurer l'unité du royaume.

Ce vieux code peut être considéré comme le premier germe de la législation espagnole ; mais, de bonne heure ses dispositions ne reçurent pas plus d'application que celles de la loi des Douze Tables sous l'empire romain. De toutes les lois d'origine germanique, celle des Visigoths est la plus altérée. Cette altération résulte de l'influence du droit romain et de l'action de l'Eglise ; c'est qu'en effet ce code fut rédigé sur l'ordre de Reccared par des membres du clergé. Le *fuero juzgo* est l'œuvre des évêques espagnols réunis au concile de Tolède ; quelques laïques seulement furent admis à ce concile et avec la permission spéciale du roi ou des évêques. Comme l'a dit M. Guizot, en Espagne, au lieu d'entrer dans l'Assemblée de la nation, le clergé ouvre à la nation sa propre assemblée (1).

L'influence du droit romain fut considérable sur le code de Reccared, au point d'étouffer souvent les coutumes nationales. Le bréviaire d'Alaric servit tout naturellement de guide au législateur nouveau; l'ensei-

(1) Histoire du gouvernement représentatif, 26e leçon.

gnement du droit romain, maintenu et même encouragé dans les écoles de droit, exerça aussi une grande influence. Il n'est donc pas étonnant que le *fuero juzgo* ne forme en grande partie qu'un recueil de lois ecclésiastiques et de lois romaines. A l'inverse des autres lois barbares, il condamne le meurtrier d'une femme à une amende moins forte que celle encourue par le meurtrier d'un homme. Sous l'influence du droit romain, il prohibe les donations entre époux ; il remplace le *morgengabe* par la donation *propter nuptias* ; il interdit à la femme de comparaître en justice pour autrui ; dans les successions, il admet le partage égal des biens du défunt entre les enfants, sans distinction de sexe. D'un autre côté, le *fuero juzgo* supprime le combat judiciaire, il reconnaît aux femmes la capacité d'être tutrices, il partage la puissance paternelle entre le père et la mère, il organise une procédure savante et compliquée avec instruction par écrit et enquête devant des juges nommés par le roi, tout cela sous l'influence du droit canonique.

Cette législation était, comme on le voit, beaucoup plus avancée que les autres lois barbares. Montesquieu s'est montré injuste envers elle, lorsqu'il l'a trouvée puérile, gauche et idiote. En réalité, cette loi est supérieure aux autres par la sagesse de ses dispositions et même par sa forme philosophique. Le *fuero juzgo* parle aux Visigoths le langage abstrait et subtil de la philosophie ; il enseigne la doctrine de la monarchie fondée sur le droit divin.

Mais il arriva ce qui se produit toutes les fois qu'une législation ne se trouve pas en rapport avec les mœurs et la civilisation du peuple auquel elle doit s'appliquer. On lui préféra les *fueros*, c'est-à-dire les coutumes

locales. Soumis à la domination arabe les vaincus n'en conservèrent pas moins leur droit civil, et il est même probable que les coutumes locales purent naître ou se développer avec plus de facilité à côté du code des Visigoths.

A mesure que les Espagnols repoussèrent les Maures ils se donnèrent dans chaque province un *fuero*, un corps de coutumes, une juridiction, une administration particulières. Ces coutumes locales *(fueros locos)* formèrent le droit civil avec les ordonnances royales *(fueros reales)* et avec le vieux code visigoth. Ce code subit toutefois certains changements de forme destinés à le mettre plus en harmonie avec l'esprit des institutions qui s'étaient alors développées dans la péninsule. Il fut l'objet d'une traduction libre en langue castillane composée pour l'usage des tribunaux, entre le onzième et le treizième siècle (1). La *lex antiqua* restait en somme l'unique fondement du droit espagnol, mais dans un intérêt pratique, il avait été nécessaire de composer une espèce de manuel des tribunaux. Le *fuero juzgo*, comme droit commun, s'appliquait toutes les fois que ses dispositions ne se trouvaient pas en contradiction avec la coutume ; il formait le droit des chrétiens dans les parties de l'Espagne qui ne s'étaient pas encore affranchies de la domination arabe. Mais en réalité, le code visigoth fut plutôt respecté qu'appliqué par les Espagnols indépendants, et des usages locaux l'abrogèrent en grande partie par un retour successif aux anciennes coutumes gothiques, d'origine germanique. Ainsi, les célibataires furent frappés de peines sévères ; on les déclara incapables d'être fonctionnaires, propriétaires d'immeubles,

(1) C'est dans cette traduction qu'il prit le nom de *fuero juzgo*.

témoins en justice ; ils furent soumis à des impôts exorbitants. On se dispensa, pour le mariage, des solennités empruntées par le *fuero juzgo* à l'Eglise ; il se forma par le seul consentement. Le divorce fut autorisé. Le père devint plutôt administrateur que propriétaire du patrimoine de la famille ; il lui fut interdit d'en disposer par testament au profit d'étrangers. Le régime des biens entre époux fut celui de la communauté. Les donations ne furent permises et ne devinrent irrévocables qu'avec le consentement des héritiers du donateur ; c'était le moyen d'assurer la conservation des biens dans les familles. Enfin, probablement sous l'influence des mœurs arabes, les *fueros* autorisaient une sorte de concubinat *(barragania)* ; la concubine était soumise au régime de communauté d'acquêts, et certains *fueros* admettaient même ses enfants à la succession en concours avec les enfants légitimes.

Ces progrès, ces empiètements de la coutume sur le droit écrit, finirent par émouvoir l'Eglise et le pouvoir royal qui se virent atteints dans leur autorité et dans leurs prérogatives. A la renaissance du droit romain, les jurisconsultes essayèrent aussi d'interpréter la loi nationale écrite avec l'aide du droit romain et de faire accepter ce droit comme loi subsidiaire. Mais l'Eglise et la Royauté s'arrêtèrent à un moyen plus énergique pour mettre un terme aux empiètements des *fueros*, pour renouer la tradition du *fueros juzgo* et faire revivre le droit canonique avec le droit romain. On fit un nouveau code de lois générales, le code des Sept Parties (1).

L'autorité de cette loi, qui date du milieu du treizième siècle, fut longtemps méconnue ; elle ne fut assurée

(1) Ce code fut ainsi appelé à cause de son arrangement semblable à celui du Digeste.

qu'à la fin du moyen âge, grâce aux progrès du pouvoir royal. Cette nouvelle compilation augmente et complète les prérogatives de l'Eglise ; le droit canonique et le droit romain revivent. Au droit romain elle emprunte l'affranchissement de la puissance paternelle par l'élévation à certaines fonctions, la légitimation par l'oblation à la curie, la division de l'hérédité en douze onces, la prohibition des donations entre époux, la *donatio ante nuptias* qui remplace le douaire, l'incapacité du sénatus-consulte Velléien, le régime dotal ; la loi ne dit pas un mot de la communauté qui était cependant d'un usage général. Quant au mariage et aux autres institutions civiles qui s'y rapportent, ils sont de nouveau soumis aux dispositions du droit canonique.

Ce code des Sept Parties se proposait le même but que le *fuero juzgo* : étouffer les coutumes locales entachées d'origine germanique et les remplacer par des institutions latines. Mais il n'eut pas plus de succès et subit le même sort. Une foule de coutumes locales persistèrent ou finirent par revivre. On fut bien obligé d'en tenir compte et de combiner les dispositions de la loi écrite avec celles du droit coutumier. Cet état de choses amena une grande confusion dans le droit civil, surtout à cause de la variété des coutumes locales. En 1427, une sorte de loi des Citations vint encore augmenter cette confusion, en donnant force de loi aux écrits des glossateurs jusqu'à Jean Andres et Bartole.

Dans la suite, le législateur se proposa de donner plus d'unité et de fixité au droit espagnol, en mettant un terme à la rivalité séculaire qui s'élevait entre le droit écrit et la coutume ; mais on ne peut pas dire qu'il ait complétement réussi, même de nos jours. Cependant les lois positives postérieures à l'époque où nous

sommes arrivés tiennent beaucoup plus de compte des institutions d'origine germanique. On peut dire qu'elles sont le produit d'une fusion opérée entre le droit germanique, le droit romain, le droit canon. Telles sont : la loi *de Toro* de Ferdinand et d'Isabelle ; la *recopilation* de Philippe II et celle de 1805. Par exemple, ces lois consacrent à la fois le régime de communauté et le régime dotal ; elles admettent comme droit commun une sorte de régime dotal avec communauté d'acquêts ; les donations sont interdites entre époux et le sénatus-consulte Velléien est maintenu ; la femme mariée est soumise à une autorisation de son mari d'origine germanique.

Si le droit espagnol se rapproche par cette fusion du droit civil de ses voisins, cependant il n'en conserve pas moins son caractère propre et distinct d'être essentiellement théocratique. Ce caractère s'accuse jusque dans la dernière compilation, celle de 1805.

Cette compilation est un mélange de principes civils et religieux ; ses premiers articles sont consacrés à des règles de foi ; la doctrine des sacrements fait l'objet de cent vingt-neuf paragraphes. A propos du mariage et des rapports conjugaux, le législateur traite des questions de confessionnal. Enfin, dans le droit pénal, il s'occupe des péchés et les distingue en véniels et mortels.

Comme on le voit, au milieu de tous ses bouleversements, l'Espagne a conservé toujours dans ses lois les mêmes principes ; cette persistance est, dans une certaine mesure, la conséquence de leur caractère théocratique. Les lois générales qui ont été successivement promulguées, ne se sont pas à proprement parler remplacées les unes par les autres ; il y a eu superposition

plutôt qu'abrogation, et l'on peut dire que la loi fondamentale de l'Espagne remonte au code des Visigoths, comme les origines du droit romain dataient des Douze Tables. Cette législation écrite a été souvent tournée, modifiée, altérée, mais jamais abrogée par les coutumes locales.

Toutefois, malgré son isolement géographique, l'Espagne a subi l'influence du mouvement de codification qui s'est déclaré dans les principaux Etats de l'Europe. Des codes nouveaux ont été rédigés, destinés à remplacer les immenses compilations antérieures et à ramener les lois à un certain nombre de principes précis; on a même fait plus, on a essayé, comme nous le verrons plus loin, d'enlever au droit son caractère théocratique en le sécularisant.

L'Espagne a son code de commerce et son code de procédure ; l'un remonte à 1829, l'autre date de 1856. Un projet de code civil a été publié par une ordonnance du 12 juin 1851. La promulgation du code civil s'étant trop fait attendre à cause des guerres intestines qui ont épuisé l'Espagne pendant de longues années, on a provisoirement voté une loi du 18 juin 1870, extraite de ce projet, et qui constitue un véritable code civil des droits de la famille. Cette loi, complétée par une autre de la même date sur les registres de l'état civil, enlève le mariage au clergé et en fait un acte purement civil ; elle s'occupe aussi de l'autorité maritale, de la puissance paternelle, de la filiation, etc. Nous retrouverons plus loin celles de ses dispositions qui concernent le mariage.

C. Portugal (1).

Plus heureux que l'Espagne, le Portugal possède un code civil de date récente qui a remplacé la législation antérieure contenue dans un code fort ancien et dont les dispositions avaient été souvent modifiées.

Tout en mettant fin à la confusion qui régnait dans le droit civil, le code portugais, fidèle à l'esprit de tradition, n'a pas altéré le caractère du droit civil ; ce caractère est essentiellement romain.

Le droit portugais a conservé une existence indépendante et propre jusqu'à la fin du douzième siècle. A partir de cette époque, son histoire se confond, pendant quelque temps, avec celle du droit espagnol. Lorsque les Maures furent refoulés de la péninsule, le *fuero juzgo* des Wisigoths fut mis en vigueur en Portugal. On en a la preuve dans le droit postérieur et dans le fait qu'à cette époque, ce pays n'avait point encore acquis de droit propre. En effet, quoique Henri de Bourgogne eut jeté les premiers germes d'indépendance politique dès l'année 1109, on ne peut citer, jusqu'à Alphonse Ier, d'autres sources législatives propres au Portugal que quelques décisions des Cortès de Lamégo, plutôt relatives au droit public et au droit criminel qu'au droit civil. On en a conclu avec raison qu'à cette

(1) Bibliographie : *Etude sur les Origines et les Sources de la législation portugaise,* par Midosi, dans le Bulletin de la Société de Législation comparée, 1875, p. 162. — *Le Droit civil poptugais,* par Jordao, dans la Revue historique, III, 369. — *Portugal y sus codigos, Estudio de politica y legislation contemporaneas* par Labra.

époque le Portugal était encore régi par le droit civil espagnol (1). C'est qu'en effet, au point de vue politique, le Portugal ne s'émancipa qu'en 1145, au moment où Alphonse, après la victoire de Castroverde, fut proclamé roi par les milices et reconnu comme tel par les Cortès de Lamégo. A dater de cette époque, ou plutôt encore du règne de Sanche Ier, commença une véritable histoire du droit civil portugais. Ce droit se manifesta soit par des statuts municipaux (*Fueros*), soit par des ordonnances royales (*Ordinaçoes*).

La législation espagnole cessa d'occuper la première place, elle fut reléguée au rang de droit subsidiaire destiné à interpréter ou à combler le droit national encore incertain ou incomplet. C'est dans ce but que le roi Denys de Portugal ordonna, au treizième siècle, une traduction portugaise du code espagnol des Sept Parties ; mais néanmoins, le droit portugais commençait déjà à s'écarter sensiblement des lois espagnoles par un attachement plus profond et presqu'absolu aux principes du droit romain. L'immense développement commercial que produisit la découverte de l'empire des Indes, dut faire naître, en Portugal comme en Italie, l'urgente nécessité d'une législation mieux appropriée aux besoins nouveaux que le système du vieux code visigoth. Le droit romain qui venait de ressusciter avec tant d'éclat, répondait à merveille à ce but. Les lois de Justinien furent traduites en Portugais sous le règne de Jean Ier, probablement par Jean ab Aregis. En l'absence d'un code national, le droit romain acquit tout naturellement une autorité prépondérante. Tandis que les tribunaux espagnols ne pouvaient l'appliquer directement,

(1) C'est notamment l'opinion de Gans, dans son *Erbrecht des Mittelalters*, t. III, p. 48.

à cause de la prohibition contenue dans le code des Sept Parties, ceux du Portugal, au contraire, affranchis de toute défense semblable, avaient recours indistinctement au droit romain, au droit espagnol et aux anciennes coutumes nationales. Ces trois sources du droit étaient complétées, pour toutes les questions qui intéressaient l'Eglise, par la loi canonique. Mais cet état de choses présentait des inconvénients qui devenaient, avec le temps, de plus en plus graves ; la confusion et l'incertitude du droit embarrassaient trop souvent les jurisconsultes et les tribunaux. Pour y porter remède, on procéda à la rédaction d'un code général.

Ce premier code général est connu sous le nom d'Ordonnances Alphonsines ; il fut promulgué en 1456 par don Alphonse V. C'est un recueil des lois en vigueur, des résolutions des Cortès, des coutumes nationales, des règles extraites des statuts particuliers, ainsi que d'autres sources juridiques, c'est-à-dire du droit romain, du droit visigoth et du droit canonique. Ce code, rédigé dans l'esprit du quinzième siècle, fut modifié dans celui du seizième, en 1514, par des ordonnances d'Emmanuel I[er], appelées Ordonnances Emmanuélines. Ces ordonnances instituèrent une Cour suprême, chambre des suppliques *(Casa di supplicazione)* chargée d'interpréter la loi et de rendre en dernier ressort des décisions qui auraient force de loi.

En 1581, Philippe II ayant réuni, par la conquête, le Portugal à l'Espagne, s'occupa de la révision des ordonnances Emmanuélines. Un nouveau recueil fut publié en 1603, confirmé et ensuite sanctionné de nouveau par Jean IV, sous le nom d'Ordonnances Philippines, le 29 juin 1643, trois ans après que le Portugal eut recouvré son indépendance. La partie de cette loi générale

relative au droit civil est presque toute entière contenue dans le quatrième livre.

Les Ordonnances Philippines sont demeurées la loi civile générale du Portugal jusqu'à la promulgation du code actuel, mais elles avaient subi de nombreuses modifications et elles étaient, en outre, complétées par la coutume, par le droit romain et par le droit canonique. On appelait lois extravagantes toute la législation postérieure aux ordonnances et comprenant une foule de décisions législatives qui les modifiaient : lois *(cartas de lei, cartas patentes alvarras)*, chartes royales *(cartas régias)*, décrets *(décretos)*, résolutions *(résoluçoês de consultas, provisaês des tribunaes avisos, e portarias dos sacretarios d'Estado*, etc.). Il n'existe pas de collection officielle de ces nombreuses lois.

Aux termes d'une loi du 18 août 1769, les Ordonnances Philippines et ces lois postérieures sont complétées, mais sous certaines conditions, par la coutume, par le droit romain et par le droit canonique. Les coutumes obtiennent force de loi toutes les fois qu'elles ne sont pas contraires à une loi expresse, pourvu qu'elles remontent à cent ans au moins et qu'elles soient conformes à la droite raison. C'est aussi à la condition de ne pas s'écarter de la raison et du droit naturel, que le droit romain est reconnu comme loi civile subsidiaire par la loi du 18 août 1769. Quant au droit canonique, cette loi ne lui reconnaît subsidiairement force obligatoire que pour les affaires de la compétence des justices ecclésiastiques.

A ces sources du droit civil portugais antérieures au code actuel, il faut encore ajouter, pour être complet, les arrêts de la cour des suppliques. Ces arrêts contenaient interprétation officielle et obligatoire sur des

points douteux qu'elle avait le droit de résoudre législativement (1).

De notre temps, on a conçu le projet de rédiger un code civil dans le vrai sens de ce mot. En 1859 parut le premier projet, émané de l'université de Coïmbre et rédigé sous la direction du vicomte de Scabra. La tâche importante de le réviser, de l'examiner, de le discuter, et d'y apporter les meilleurs changements possibles, fut confiée à une commission de jurisconsultes les plus éminents du Portugal. Ce fut seulement en juillet 1867 que le projet fut converti en loi, et le 22 mars 1868 que cette loi fut mise en vigueur (2).

(1) La collection complète de ces arrêts a été publiée par l'imprimerie de l'Université de Coïmbre.

(2) Ce code renferme 2,538 articles ; sa division est tout à fait différente de celle de notre code civil. Elle comprend quatre parties et, parmi ces parties, quelques-unes sont subdivisées en livres. La première partie est consacrée à la capacité civile ; elle règle l'acquisition et la perte de la qualité de citoyen, le domicile, l'administration des biens des incapables, la puissance paternelle, la filiation, la tutelle, l'incapacité résultant de la démence, de la surdité, de la prodigalité, de certaines condamnations pénales. La seconde partie est relative à l'acquisition des droits ; il y est parlé de l'occupation, du régime des eaux, de celui des mines, de la possession, de la prescription, de la propriété littéraire et artistique, des inventions, des contrats et obligations en général, des priviléges et hypothèques et autres garanties des créanciers, du mariage, des divers contrats de la vie civile, de l'acquisition des droits par testament, par succession ab intestat. La troisième partie est réservée au droit de propriété et la dernière aux atteintes qui peuvent être portées aux droits ainsi qu'aux différentes manières de les réparer.

D. Roumanie.

Il y a encore deux pays, dans l'Europe méridionale, où domine presque exclusivement le droit romain, ce sont la Roumanie et la Grèce.

Au commencement de l'ère chrétienne, entre l'an 103 et l'an 106, l'empereur Trajan, après avoir presqu'entièrement exterminé les Daces, peupla la Dacie de colonies romaines sur la rive gauche du Danube et l'incorpora définitivement à l'empire. Ces colonies formèrent le rempart de l'empire contre lequel vinrent se heurter bien des fois les hordes barbares. Après la division de l'empire romain, commencée par Dioclétien et complétée par Constantin, la Dacie forma un diocèse complet dans la préfecture d'Illyrie (1).

(1) Un savant allemand, M. Rœssler, a soutenu que les colonies romaines des Césars n'ont laissé aucune trace dans ce pays; sous Aurélien, les colons et les légionnaires romains auraient abandonné complétement la Dacie aux barbares; si la langue latine est revenue plus tard sur la rive gauche du Danube, c'est grâce à une émigration accomplie au moyen âge, au treizième siècle, d'Occident en Orient, par des populations romanisées. La principale preuve à l'appui de ce système, c'est l'absence de vocables de provenance indigène dans le dialecte roumain; on en conclut que ce dialecte s'est établi dans un pays où l'élément dace avait été depuis longtemps supprimé ou beaucoup amoindri par des siècles d'invasions. Mais cet argument manque de valeur, précisément parce qu'il existe un grand nombre de mots daces dans le roumain. L'élément linguistique des Daces reparaît même au temps de l'occupation romaine, dans la toponymie locale et dans la table de Peutinger (noms de lieu terminés en Dava). L'idiome dace a cédé devant le latin, comme en France la langue celtique a disparu en partie devant celle des vainqueurs. Il y a en Roumanie trois groupes bien distincts de population. Le premier élément est d'une nature mixte : il s'est formé par un mélange de sang dace avec du sang romain. C'est celui qui a exercé sur le pays la plus forte influence, sans doute par l'admi-

A la fin du XIIIe siècle, elle se détacha du Bas-Empire et se constitua en pays indépendant et libre sous le nom de principauté de Valachie. Lorsque la domination turque s'établit en Europe, la Moldavie et la Valachie furent indirectement soumises à l'autorité du sultan; mais en réalité, quoique vassales, elles jouissaient d'une grande indépendance. En 1829, à la suite du traité d'Andrinople, ces principautés passèrent sous le protectorat de la Russie et elles y restèrent soumises jusqu'au traité de Paris qui fut signé en 1856 à la suite de la guerre de Crimée.

Ce traité, complété par une convention de 1858, constitua les principautés de la Moldavie et de la Valachie en un seul état sous le nom de Moldo-Valachie. Cet Etat mi-souverain fut placé sous la suzeraineté de la Porte et sa liberté intérieure garantie par les puissances signataires. La Roumanie a rompu les derniers liens qui l'attachaient à la Turquie au moment de la guerre qui vient de se terminer par le traité de Berlin; ce traité a reconnu son indépendance et sa souveraineté.

Quel qu'ait été leur sort politique, les Roumains sont toujours restés fidèles à leurs anciennes lois civiles qui ont été également respectées par la domination étrangère. Les institutions civiles des principautés danubiennes sont entièrement romaines. Ce pays n'a pas connu le régime féodal, et si l'on y rencontre cepen-

nistration et la politique; il s'est formé de l'union des colons romains avec des femmes daces. L'élément dace pur s'est conservé en grande partie dans les campagnes. Le troisième élément est celui des Phanariotes qui constituent l'aristocratie locale, la classe des boyards; il est composé de familles étrangères au sol, appartenant pour la plupart à la race grecque de Constantinople et envoyées dans le pays par le gouvernement turc pour l'administrer.

dant jusqu'au siècle actuel les dîmes, les corvées, l'esclavage, c'est parce qu'à proprement parler, ces institutions existaient déjà dans l'empire romain ; la féodalité ne les a pas créées, mais transformées. Les derniers vestiges de cet état de choses n'ont disparu en Roumanie qu'en 1848 ; c'est à cette époque seulement que l'égalité de tous devant la loi y a été proclamée.

On peut diviser l'histoire du droit civil de la Moldavie et de la Valachie en trois périodes : la période antérieure à 1817, celle qui commence en 1817 et finit en 1864, la période actuelle.

Jusqu'en 1817, le droit civil se composait du droit romain du Bas-Empire, de certaines coutumes et de quelques dispositions du droit canonique. Ces lois incertaines et vagues avaient jeté le droit civil dans un état de confusion tel, que l'administration de la justice était devenue d'une extrême difficulté. Une ordonnance du prince Caragea, qui en 1817 promulgua un code civil pour la Valachie, fait dans les termes suivants le triste tableau du droit civil de ce temps :

« ..... La Valachie n'a en réalité aucune loi, car les trois sources du droit civil, les coutumes, les canons et les lois romaines qui servent à mettre fin aux différends nés entre particuliers, sont tellement mélangées, qu'il est devenu difficile de rendre la justice. Les coutumes ont subi des changements successifs et en sont venues à se trouver en contradiction avec les lois romaines. Celles-ci ont à leur tour donné lieu à de nouvelles confusions ; tantôt elles sont susceptibles de plusieurs interprétations, tantôt elles se trouvent en contradiction les unes avec les autres. Il en résulte que la justice rendue par les magistrats est toujours en danger, comme si elle flottait dans une eau trouble, agitée par

des vents qui soufflent les uns contre les autres. Au lieu de s'améliorer, cet état de choses ne fait qu'empirer chaque jour, car la justice est entre les mains des plus forts et des plus rusés qui, dans la même affaire, invoquent tantôt la coutume, tantôt les canons, tantôt la loi romaine, selon leur intérêt et leur caprice. »

En 1817, la Valachie obtint le code *Caragea* et la Moldavie le code *Calimach*, empruntés tous deux au droit romain du Bas-Empire. Le code civil actuel a été, au contraire, copié presque littéralement sur le nôtre. Cependant le nouveau législateur roumain n'a pas oublié les traditions de son pays, et il s'est écarté de notre code civil toutes les fois qu'il y a rencontré des institutions étrangères au droit romain. Nous reviendrons d'ailleurs sur ce code en nous occupant du mariage civil.

E. Grèce (1).

La Grèce est moins avancée que la Roumanie ; elle ne possède pas encore son code civil. Cependant, dès avant sa reconnaissance comme Etat indépendant, la Grèce s'était promis à elle-même un code civil. Elle n'a pas tenu la promesse qu'elle s'était faite ; les constitutions de 1822, 1823, 1827 parlent de la confection de ce code ; la dernière même prescrit de prendre comme base de ce travail notre code français. La Grèce ayant été organisée, le roi Othon confia la préparation des lois nouvelles à un jurisconsulte allemand, M. Maurer, qui dota, en effet, la Grèce d'un code de procédure civile, d'un code de procédure criminelle et d'un code pénal ; mais M. Maurer n'eut pas le temps de terminer son projet de code civil. Il avait compris qu'il n'était pas possible de copier purement et simplement la loi française, qu'il fallait tenir compte des mœurs du pays, en particulier des coutumes locales qui, sous la domination turque, s'étaient souvent établies en contradiction avec le droit romain. Mais M. Maurer fut obligé de quitter le royaume avant d'avoir terminé le relevé de ces coutumes et, peu satisfait du traitement qui lui était infligé, il emporta avec lui les matériaux de son travail, ne laissant que les papiers appartenant aux archives du royaume. La réalisation du projet de code civil étant ainsi retardée, une ordonnance du 23 février 1835 dé-

(1) Bibliographie : Calligas, *Exposition du droit romain, tel qu'il est pratiqué en Grèce, à l'exception des Iles ioniennes* (en grec). — Paparrigopoulos, *Le droit civil en vigueur en Grèce* (en grec).

cida que les constitutions des empereurs de Byzance contenues dans le Promptuaire d'Harménopule seraient observées jusqu'à la promulgation du code civil, que cependant les coutumes consacrées par un long et constant usage ou constatées par des actes judiciaires continueraient à l'emporter sur le droit byzantin. Depuis cette époque, plusieurs parties du code civil ont été successivement mises en vigueur sous forme de lois spéciales, mais la rédaction du code n'est pas encore sur le point d'arriver à son terme définitif.

III. — PAYS OU L'INFLUENCE DU DROIT ROMAIN NE S'EST PAS FAIT SENTIR.

A. Angleterre (1).

De même que les peuples du midi de l'Europe sont restés fidèles au droit romain, de même les nations du nord n'ont jamais songé à s'écarter de leurs lois nationales ; le droit romain n'est pas parvenu à s'implanter en Angleterre.

Les Pictes et les Scots sont les plus anciens habitants que l'on puisse signaler dans la Grande-Bretagne. Il serait difficile de dire si ces habitants étaient autochthones ou s'ils provenaient d'émigrations. Il est probable que les Pictes et les Scots occupaient d'abord le centre et le sud de la grande île, mais qu'obligés de reculer devant l'invasion des Bretons, ils s'établirent dans le nord. Les Bretons venaient de la Gaule et de la Belgique ; ce sont eux qui ont donné leur nom au pays. Leur ressemblance complète avec les Gaulois, attestée

(1) Bibliographie : Blackstone, dans l'introduction qui précède ses Commentaires. — Reeves, *History of the english law.* — Crabb, *Histoire du droit anglais* (en anglais), traduite en allemand par Schaeffner. — Vilson, *History of moderne english law.* — Léonard, *Beitrage zur Geschichte des roemischen Rechts in England. Essays in Anglo-Saxon Law* by H. Adams, H-C-Lodge, E. Young and J. Laughlin.

par César et par Tacite, ne laisse aucun doute sur leur origine. Mais on en est réduit à des conjecures sur la législation des Bretons ; tout au plus peut-on faire remonter à eux la coutume du partage égal des biens établie dans le pays de Kent. Certains auteurs ont, il est vrai, soutenu que cette coutume avait été empruntée au droit romain, mais le nom même que l'on emploie pour la désigner, Gavelking (1), semble bien indiquer leur origine celtique.

Le droit romain n'a pas laissé en Angleterre plus de trace de son passage que les coutumes bretonnes. Au dire de Tacite (vie d'Agricola), la Grande-Bretagne prit, comme la Gaule, les mœurs, les lois, le langage des Romains. Sous le règne de Sévère, Papinien rendit la justice à York, ayant pour assesseurs Paul et Ulpien. Mais, de bonne heure, inquiétés par les barbares, les Romains durent abandonner la Grande-Bretagne et, avec eux, disparurent les lois romaines. C'est avec peine que l'on retrouve, jusqu'à l'époque de la conquête des Normands, quelques traces tout à fait fugitives de ces lois.

Le droit civil anglais dérive de deux sources principales, l'une saxonne, l'autre normande. La première est la plus ancienne, la seconde date de Guillaume le Conquérant. A cette dernière époque, un véritable antagonisme s'établit entre le droit du vainqueur et celui du vaincu. Les Normands s'efforcèrent d'introduire leur législation et les Saxons firent non moins d'efforts pour conserver leurs anciennes coutumes. Cette lutte amena une fusion entre les deux législations et c'est de cette fusion qu'est né le droit anglais actuel.

(1) Originairement gabail-cine.

L'invasion des Saxons fut terrible pour les Bretons. Les historiens sont d'accord pour reconnaître que de toutes les conquêtes des barbares sur le monde romain, celle des Saxons fut la plus sauvage. Sur le continent, le clergé allait au-devant des barbares et les convertissait de suite au christianisme ; aussitôt les vainqueurs s'adoucissaient en adoptant la civilisation romaine. Dans la Grande-Bretagne, les conquérants demeurèrent encore païens pendant un siècle et demi. Aussi tout fut détruit, industrie, langue, société. Une nouvelle civilisation se forma peu à peu et prit un certain essor à partir de la conversion des Saxons au christianisme ; mais elle fut plus d'une fois troublée par les invasions des Danois qui vinrent s'établir dans certaines parties de l'Angleterre à côté des Saxons.

Pendant cette période qui s'étend jusqu'à la conquête normande, on compte beaucoup de rois législateurs et les lois de cette époque ont, encore aujourd'hui, une grande importance, car un certain nombre de coutumes anglaises y puisent leur origine. Le premier recueil de ces lois anglo-saxonnes est celui d'Ethelbert monté sur le trône en 561. Ensuite vinrent les recueils d'Ilothaire, d'Edric et de Vithred, rois de Kent, puis celui d'Ina, roi de Wessex. Il faut citer, pour les règnes suivants, les lois d'Alfred le Grand, d'Edouard l'Ancien son fils, d'Athelstan, d'Edmond, d'Edgard, d'Ethelred et de Canut. L'œuvre la plus remarquable est celle d'Alfred, car ce prince réunit en code, non-seulement les lois de son royaume, mais encore celles qui étaient observées dans les autres Etats de l'Angleterre. Par la sagesse de ses institutions politiques et de ses lois, il a mérité le surnom de *conditor legum anglicanarum* comme Edouard le confesseur a été appelé le *resti-*

tutor legum anglicanarum. Le texte original d'un certain nombre de ces lois anglo-saxonnes est parvenu jusqu'à nous ; d'autres, parmi ces lois, ne nous sont connues que par des travaux, parfois d'un caractère purement privé, entrepris dès les premiers temps de la conquête normande. Les législateurs saxons ou danois ont fait preuve d'une grande sagesse et même d'une certaine science, ce qui est d'autant plus remarquable qu'ils ne s'éclairaient pas du droit romain. Ces lois saxonnes ou danoises présentent ce caractère très-remarquable et qui leur est tout à fait propre d'être écrites dans la langue nationale, à la différence des autres lois barbares qui sont toutes rédigées en latin (1). Il y a peu de dispositions qui soient consacrées au droit civil. Comme dans toutes les autres lois barbares, il est surtout question de droit pénal, des prérogatives de l'Eglise, de la procédure devant les tribunaux.

La conquête normande fut le dernier établissement par la force d'une nation conduite par un simple chef de province sur une terre étrangère, Guillaume se présenta comme le successeur régulier et pacifique d'Edouard, et pendant quelque temps sa conduite fut conforme à ses déclarations ; il prononça peu de confiscations, le domaine royal étant assez considérable pour qu'on pût distribuer des terres aux chefs de l'armée normande ; les Saxons conservèrent un certain nombre de fonctions publiques, leurs usages furent respectés. Mais cet état de choses ne dura pas ; les Saxons manifestèrent un esprit de résistance opiniâtre ; de leur côté les Normands réclamèrent avec avidité le

(1) Mais les travaux faits après la conquête normande et qui sont connus sous le nom de lois de certains rois anglo-saxons ont été écrits en latin (ainsi les lois d'Edouard le Confesseur).

prix de la victoire, c'est-à-dire des fonctions publiques et des terres. Il s'établit aussi un véritable mouvement d'émigration de Normandie en Angleterre. Le caractère de la conquête se modifiait rapidement. Les Normands, forts de l'appui du roi, commirent des vexations qui froissèrent les Anglo-Saxons. Le roi fut obligé de tolérer plus d'un abus ; faible pour les siens, il se montrait par cela même injuste envers les Saxons. De fréquentes révoltes éclatèrent, mais comme les soulèvements manquaient d'ensemble, ils furent toujours réprimés sans autre résultat que d'accroître la haine entre les deux peuples. Les Saxons ne se firent plus d'illusion sur leur sort : la conquête commencée avec une certaine douceur était devenue dure et cruelle. Au bout de quelque temps, une grande partie des terres et toutes les fonctions publiques furent entre les mains des Normands. La langue saxonne fut remplacée par la langue française dans les tribunaux comme dans les écoles. Le souvenir de la conquête de Guillaume s'est gravé pendant plusieurs siècles dans la mémoire du peuple anglais sous les couleurs les plus sombres. Les anciens auteurs ne dissimulent pas leur haine contre le Conquérant ; ils ressentent encore vivement l'humiliation d'avoir été vaincus par un chef de province et d'avoir vu un peuple tout entier à la merci d'une poignée d'aventuriers.

Les historiens discutent encore aujourd'hui sur l'effet de la conquête normande en Angleterre. Les uns y voient une véritable révolution qui a aboli toutes les institutions saxonnes et imposé les lois et les usages normands. Ils fondent l'invasion normande sur un antagonisme de race : c'est la théorie si chère à Walter Scott, le romancier historien, et à Augustin Thierry, l'historien roman-

cier. D'autres, au contraire, soutiennent que l'invasion de Guillaume a eu pour résultat le développement plus large des institutions déjà existantes. C'est ce que vient de s'efforcer d'établir M. Freeman dans son histoire si considérable de la conquête des Normands. A notre avis, ces deux opinions sont exagérées ; il y avait plus d'un point de contact entre les Saxons et les Normands ; ceux-ci retrouvèrent en Angleterre une organisation civile et politique qui présentait, sous plus d'un rapport, des ressemblances avec celle de la Normandie. Aussi Guillaume n'abolit pas les vieilles lois de l'Angleterre, mais il dut assurer la sécurité de ses compagnons par des mesures sévères. Les anciennes divisions du pays, les assemblées de la nation, les cours de justice furent maintenues. Cependant des changements considérables coïncidèrent avec l'invasion normande. Nous avons déjà vu que le saxon cessa d'être la langue officielle ; il descendit même du rang de langue littéraire à celui d'idiome populaire.

La conquête des Normands eut aussi pour effet d'établir le régime féodal. Le germe de cet état social se trouvait déjà, sans doute, dans les institutions saxonnes ; mais la vraie féodalité ne date que des Normands, et nulle part elle ne s'est établie avec plus de force qu'en Angleterre, surtout dans le droit civil. Le développement du régime féodal fut, en grande partie, facilité par des confiscations prononcées contre les Saxons. Leurs propriétés n'avaient été respectées que pendant fort peu de temps ; vingt ans après la conquête, la plus grande partie du territoire était entre les mains des étrangers ; le Domesday Book, registre foncier dressé par les ordres du Conquérant, est un témoin irrécusable de cet immense changement.

Les Saxons qui restèrent en possession de leurs terres furent soumis au régime féodal et devinrent, le plus souvent, vassaux du roi. Mais il ne paraît pas que l'introduction de la féodalité ait fait naître des difficultés : on y était préparé (1).

Ce sont d'autres innovations de Guillaume qui ont soulevé d'amères récriminations. Les juges royaux furent tous choisis parmi les Normands et ils introduisirent dans la justice, avec leur langue et leur procédure, les chicanes et les subtilités de la jurisprudence normande. Bientôt toutes les églises et tous les monastères furent aussi au pouvoir des Normands. Le droit normand se développa aux dépens de la législation nationale, et donna, à l'ensemble du droit, un caractère subtil tout à fait étranger à l'esprit des Anglo-Saxons. Dans leurs rapports entre eux, les Normands appliquèrent le droit de leur pays ; des règles spéciales furent établies pour régir les rapports entre Normands et

(1) L'adoption de la féodalité eut des conséquences considérables, mais, sous certains rapports, différentes de celles qui se produisirent en France. Chez nous, la féodalité a amené l'affaiblissement de la royauté ; il a fallu plusieurs siècles à la couronne pour assurer sa suprématie sur tout le royaume ; mais le régime de la propriété foncière n'a pas été absolument bouleversé comme en Angleterre. Certains immeubles, surtout dans le midi de la France, ont échappé à la féodalité. En France, la féodalité a été une institution plutôt politique que civile. En Angleterre, elle est, au contraire, restée profondément empreinte dans la loi civile. La féodalité consacra le principe suivant lequel le roi est le seigneur universel et le propriétaire d'origine de toutes les terres du royaume, et ainsi tout possesseur de terre releva plus ou mois directement du roi ; mais, en Angleterre, la féodalité ne constitua jamais, pour la royauté, un pouvoir politique aussi redoutable qu'en France. Guillaume le Conquérant avait eu le soin, dans ses distributions de terres, de ne constituer que des fiefs peu étendus, sauf à en accorder plusieurs dans des lieux différents au même vassal. Sous le règne de Henri II, il fut permis de se racheter du service militaire moyennant une redevance en argent, et en usant largement de ce droit, les seigneurs s'affaiblirent encore au profit de la royauté.

Anglo-Saxons ; enfin, entre Anglo-Saxons, le droit antérieur à la conquête fut maintenu sans restriction. Mais cette concession subit le sort de toutes celles qui sont accordées par des vainqueurs ; dans la pratique, on l'oublia et les circonstances furent plus fortes que la règle écrite dans la loi. Les magistrats et les fonctionnaires étant tous d'origine normande, les Saxons, tenus à l'écart, ne pouvaient protester toutes les fois qu'on s'éloignait de leurs coutumes. Il leur arriva même de se soumettre au droit normand dans la crainte que l'application de la loi anglo-saxonne ne fut un signe d'infériorité. Ainsi, le combat judiciaire, imposé seulement entre Normands, fut accepté par les Anglo-Saxons, pour qu'on ne pût pas les accuser de manquer de courage et de dignité.

Cependant tout ne devint pas normand du jour au lendemain ; l'influence des conquérants sur le pays et sur le droit ne se fit sentir que d'une manière lente et successive. Les Saxons parvinrent, par leur esprit de résistance, à conserver pour eux et même à faire accepter par le vainqueur, un certain nombre de leurs coutumes. Il serait intéressant de suivre cette lutte entre le droit des vainqueurs et celui des vaincus, de rechercher comment certaines anciennes coutumes saxonnes ont fini par l'emporter sur le droit normand ; on pourrait expliquer ainsi comment le droit civil, l'organisation judiciaire et la procédure, à peu près semblables en France et en Angleterre après la conquête normande, en sont arrivés à différer d'une manière si sensible, qu'il serait difficile de croire à l'identité de leur origine, si elle n'était pas constatée par l'histoire de la façon la plus irrécusable.

Nous possédons quatre lois de Guillaume le Conquérant :

1. — *Leges et consuetudines quas Wilhelmus rex post adquisitionem Angliæ omni populo Anglorum concessit tenendas.* — C'est peut-être à ces lois qu'il faut rapporter l'avis donné par le Conquérant, que les lois anglo-saxonnes seront respectées après avoir été recherchées et constatées dans une enquête ouverte à cet effet. La plupart des dispositions de cette loi sont d'origine anglo-saxonne ; quelques-unes seulement contiennent des règles nouvelles, destinées à s'appliquer aux rapports entre anglo-saxons et normands.

2. — *Wilhelmes cyninges åsetnysse* (statuts du roi Guillaume). — Cette loi, écrite en langue anglo-saxonne, détermine quelle sera la procédure de la preuve dans les procès entre Anglo-Saxons et Normands.

3. — *Carta Wilhelmi de quibusdam statutis.* — Cette loi ne nous est arrivée que par fragments bien incomplets.

4. — Une ordonnance sur la séparation des justices civiles et ecclésiastiques. C'est pour se rendre le clergé favorable que Guillaume le Conquérant sépara la justice ecclésiastique de la justice civile ; il crut prudent d'accéder à cette demande des clercs qui exerçaient une grande influence sur le peuple et tenaient à s'affranchir du pouvoir séculier. Il lui fut d'autant plus facile de prendre cette mesure, que tous les évêchés se trouvaient dans sa main et qu'il avait eu le soin d'y nommer des prélats italiens ou normands.

C'est à ces prélats qu'est due la réapparition du droit romain en Angleterre. Guillaume le Conquérant et ses successeurs laissèrent le droit romain s'introduire dans les universités et dans les tribunaux sous l'influence du clergé et aussi à cause de l'éclat que jetait l'école de Bologne. Grâce au renom de cette école, la supériorité du droit romain était alors incontestée parmi les savants ; cette législation était à peu près la seule qui, avec le droit canonique, fit l'objet d'études scientifiques dans les universités d'Italie et de France. Par esprit d'imitation, les rois anglo-normands établirent aussi des chaires de droit romain qui convenaient mieux aux savants italiens et normands, peu versés dans le droit anglo-saxon. Après la mort de Guillaume le Conquérant et celle de son fils Guillaume le Roux, l'étude du droit romain jeta même un certain éclat sous les règnes d'Henri 1er et d'Etienne. Henri 1er instruit de l'empressement avec lequel toute l'Europe accueillait les Pandectes, attira dans son royaume un certain nombre de romanistes. Après lui, le roi Etienne, son successeur, fit venir le lombard Vacarius, sur la recommandation du normand Thibaut, archevêque de Cantorbéry. Vacarius, élève d'Irnérius, s'attira des ennemis par sa célébrité. Les partisans de la résistance nationale obtinrent du roi Etienne un édit qui interdit l'enseignement du droit romain en Angleterre. On imposa silence à Vacarius, et pour le récompenser de ses travaux on lui donna l'abbaye du Bec en Normandie. Après la mort du roi Etienne, l'étude du roi romain fut reprise, malgré les protestations énergiques qui s'élevèrent de tous côtés, même de la part de certains membres du clergé. Thomas Becket, qui avait étudié à Bologne, se fit pendant quelque temps le défenseur du droit romain. Mais jamais

la jeunesse anglaise ne se montra ardente à l'étude de cette science. Plus d'une fois, des patentes royales invitèrent d'une manière pressante les étudiants à suivre assidûment les cours des droits romain et canonique et les bedeaux à payer exactement les professeurs. Le clergé se retira peu à peu des tribunaux séculiers où ses membres avaient rempli les fonctions d'avocats et de juges; ceux-ci, restés fidèles au droit romain, ne voulaient pas prêter le serment d'appliquer les coutumes nationales. Le droit romain perdit, à partir de cette époque, ses plus ardents défenseurs; il fut certain, de ce jour, que cette plante exotique ne pourrait pas prendre racine sur le sol de l'Angleterre. Le droit romain se maintint dans les universités, dans les tribunaux ecclésiastiques, à la cour de chancellerie (1). Mais ses progrès s'arrêtèrent là; aussi l'Angleterre n'a jamais produit de grands romanistes. Au contraire, le droit national fait, dès le règne de Henri III, l'objet de travaux scientifiques considérables.

Les jurisconsultes anglais divisent les sources de leur droit en *statute law* et *common law*, suivant qu'il s'agit de lois proprement dites ou de coutumes. Cependant les plus anciennes décisions des rois normands sont comprises dans la *common law*; on les appelle *constitutiones* ou *assisæ* lorsqu'elles ont été rendues par le roi assisté des grands du royaume; les décisions du roi qui sont purement personnelles, par exemple, les réponses à des plaideurs, sont connues sous le nom de *chartae*.

C'est surtout à partir du règne d'Edouard 1[er] surnommé le Justinien anglais, que les statuts se multi-

(1) Le clergé était resté en possession de l'office de grand chancelier.

plièrent en grand nombre. Les réformes accomplies sous son règne ont posé les bases de la constitution future de l'Angleterre.

Les writs, les records et les reports forment aussi, dès les premiers temps de la conquête, une source importante du droit anglais. Pour entamer une procédure devant la cour du roi, il fallait demander un bref au prince. A l'origine, ces brefs étaient accordés dans chaque cas particulier par le roi et moyennant finance. A partir de Henri II, les brefs ne furent plus qu'un acte ordinaire de procédure ; la chancellerie royale avait fixé d'une manière définitive, une fois pour toutes, les conditions sous lesquelles ces brefs seraient accordés et même établi des formules préparées à l'avance pour les plaideurs. Ces brefs, étendus de bonne heure aux tribunaux ordinaires, donnèrent à la procédure anglaise un certain cachet de ressemblance avec la procédure formulaire des Romains. Les différentes formules des brefs eurent pour effet d'individualiser les actions dans le droit anglais comme autrefois dans le droit romain (1).

On divisait les brefs en *brevia formata* et *brevia magistralia*. Les premiers étaient rédigés d'avance dans une formule légale et ordinaire ; les seconds, semblables aux actions utiles du droit romain, étaient accordés et rédigés par la chancellerie pour les cas semblables à ceux qui avaient été prévus, *quia in novo casu novum remedium est apponendum*.

Les records sont des protocoles contenant des actes et les décisions des tribunaux (2). Ces records sont

(1) Aussi Bracton disait : Tot formulæ brevium quot sunt genera actionum.

(2) Dans son sens propre, le mot *record* ne concerne que les décisions des tribunaux royaux.

rédigés d'office dans certaines cours, pour y être conservés et à l'effet d'assurer l'exacte interprétation de la loi.

Les reports ne doivent pas être confondus avec les records. Ceux-ci ont pour objet de fixer et de conserver des décisions judiciaires considérées à un point de vue abstrait et comme source de droit ; les reports, au contraire, servent à faire connaître une affaire avec ses circonstances de fait. A la fin du règne d'Edouard I[er] et jusqu'à celle du règne d'Henri VIII, il y eut des fonctionnaires spéciaux chargés de la rédaction des reports. Ceux qui ont été dressés depuis le règne d'Edouard I[er] jusqu'à la fin de Henri VIII ont été publiés sous le nom de Yarbooks.

Ces différentes sources du droit anglais prennent déjà un très remarquable développement pendant la période qui s'étend depuis la conquête normande jusqu'au commencement du quatorzième siècle. Le droit anglais est commenté, à cette époque, par des jurisconsultes de premier ordre et dont les noms occupent une place glorieuse dans l'histoire du droit. Ce sont : Richard Fitz Nigel, auteur probable du dialogue *de Scaccario ;* Glanville, qui maniait aussi bien l'épée que la plume et à qui nous devons un traité des lois du temps de Henri II *(Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliæ tempore regis Henrici secundi compositus justitiæ gubernacula tenente Ranulpho de Glanvilla) ;* le juge Bracton, élève de Vacarius, qui nous a laissé un traité des lois *(de legibus et consuetudinibus Angliæ libri quinque)* où se trouvent exposés, comme dans l'ouvrage de Glanville, les principes de la procédure devant les justices royales. Le livre de Bracton a été résumé et mis au courant par un jurisconsulte dont le nom est

resté inconnu, dans un ouvrage appelé *la Fleta*, parce que son auteur était en prison au moment où il l'écrivait. Gilbert de Thorton a aussi composé un résumé de Bracton dans sa *Summa de legibus et consuetudinibus Angliæ*. Une *Summa magna et parva*, écrite par Ralph de Hengham, a eu également pour objet de compléter l'ouvrage de Bracton. Le traité de Britton a plus de mérite, bien qu'il contienne aussi des emprunts faits à Bracton ; il est écrit en langue française et sous forme de lois.

Le règne d'Edouard III (1327) ouvre une troisième période dans l'histoire du droit anglais. Bien que l'organisation du Parlement se trouvât fixée depuis Edouard Ier, ce n'est pourtant qu'à partir d'Edouard III que les pouvoirs de ce grand corps politique furent officiellement reconnus. Les statuts faits depuis cette époque prennent le nom de *statuta nova* par opposition à ceux de la période précédente que l'on appelle *statuta vetera* ; de même aussi on commence à distinguer les ordonnances royales des statuts proprement dits.

Dans l'administration de la justice, le nombre des writs devient de plus en plus considérable ; aussi comprend-on la nécessité d'en faire des collections *(Old natura brevium,* sous Edouard III ; *Registrum brevium omnium tam originalium quam judicialium*, en 1531 ; *New natura brevium* de Fitzherbert, en 1534). Le latin continue à être la langue des records, bien que l'anglais ait remplacé le français comme langue judiciaire depuis 1362. Quant aux reports officiels, ils cessent à partir de Henri VIII ; mais ils sont remplacés par des travaux d'un caractère purement privé auxquels les jurisconsultes les plus remarquables attachent leur

nom. On comprendra facilement l'importance de ces travaux à cause du rôle considérable que joue en Angleterre la jurisprudence comme source de droit. De ces recueils, le plus remarquable est, sans contredit, celui de Coke ; son autorité est encore telle aujourd'hui, qu'on le cite sans nom d'auteur, comme le recueil par excellence.

Pendant les premiers temps de cette période, la science du droit paraît être restée en état de décadence ; c'est à peine si l'on peut citer le *Mirror of justices* d'Henri Horne, et encore cet ouvrage, bien inférieur à ceux de la précédente période, contient des contradictions et est écrit avec une méthode tout à fait défectueuse. C'est seulement dans la seconde moitié du quinzième siècle que la science anglaise renaît avec Fortescue et Littleton. Celui-ci est l'auteur d'un traité de la propriété foncière *(tenures);* celui-là a fait l'apologie des lois et des institutions anglaises comparées à celles du continent (*de laudibus legum Angliæ.*) et a été considéré, avec raison, comme le premier vulgarisateur des institutions libérales de l'Angleterre qui ont été ensuite acceptées par les autres nations. La voie ouverte par Fortescue et par Littleton fut suivie, jusqu'au siècle dernier, par d'autres hommes qui illustrèrent aussi la science anglaise. Pendant le règne de Henri VIII, Jerman rechercha les fondements philosophiques du droit anglais sous la forme d'un dialogue entre un docteur en théologie et un étudiant anglais *(dialogus de fondamentis legum angliæ,* plus connu en Angleterre sous le nom de *Doctor and Student).* Fitzherbert composa plusieurs ouvrages restés célèbres sur la procédure *(New natura brevium* déjà cité ; *Grand abridgment).* De 1554 à 1556 sir William Stamforde écrivit un traité

de premier ordre sur la procédure criminelle *(the pleas of the Crown)*. En 1628, Coke, l'auteur des célèbres reports dont on a déjà parlé, entreprit d'écrire un ouvrage élémentaire *(Institutes of the laws of England)*; mais, en réalité, son livre est plutôt une œuvre de science que de vulgarisation. Après Coke et jusqu'à Blackstone, on ne peut plus citer que trois noms célèbres : Mathieu Hale *(History of the common law)*; Williams Hawkins *(Treatise of the pleas of the Crown or a system of the principal matters relating to that subject)*; John Comyns *(Reports ; Digest of the laws of England)*. Blakstone clot, avec son grand nom, cette école des juristes anglais. Ses commentaires, qui embrassent les différentes parties du droit, sont, encore aujourd'hui, considérés comme l'ouvrage le plus parfait qu'ait produit la science anglaise. La clarté et l'élégance du style, la rigueur de la méthode, la sûreté des déductions, la justesse des critiques, ont rendu Blackstone aussi célèbre à l'étranger qu'en Angleterre (1). Son traité forme, encore aujourd'hui, le dernier mot de la science anglaise. Les jurisconsultes modernes se sont bornés à le tenir au courant ou à écrire des monographies sur certaines parties du droit.

Le droit civil, comme nous l'avons dit, dérive, encore de nos jours, en Angleterre, de deux sources principales : le droit commun, *common law*, et les statuts. La *common law* comprend un ensemble de coutumes et de principes qui ont pris force légale à la suite d'un usage immémorial avec le consentement exprès ou tacite du pouvoir législatif. Ces coutumes sont générales ou spéciales. Les coutumes générales s'appliquent à tous et

(1) On lui a toutefois reproché, non à tort, ses sorties acerbes et intempestives contre la religion catholique.

dans toutes les juridictions; ce sont elles qui régissent, en grande partie, les successions aux biens réels, la propriété foncière, les formes et les effets des contrats, les testaments, les actions en justice. Les coutumes spéciales s'appliquent seulement dans certaines contrées ou à certaines personnes; elles forment, le plus souvent, des priviléges si anciens, qu'il est impossible d'en retrouver l'origine et la cause. Comme exemples de coutumes spéciales, nous citerons la coutume de *Gavelkind* observée seulement dans le Kent et qui appelle tous les fils à la succession par parts égales; la coutume de *borough English* en vertu de laquelle, dans certaines localités, le plus jeune fils hérite seul, à l'exclusion de ses aînés; les coutumes de certains manoirs *(manors)* sur le régime de la propriété foncière; les priviléges de Londres, pour la plupart relatifs au commerce: la *lex coronæ* c'est-à-dire les priviléges de la couronne; la *lex mercatoria* ou droit commercial; la *lex forestæ* ou législation des forêts.

La *common law* ou droit coutumier est une des parties les plus considérables du droit anglais. L'importance exceptionnelle des précédents forme un des caractères propres à la législation de nos voisins. Par ce procédé, la nation participe directement au pouvoir législatif. Souvent un statut du parlement n'est autre chose que la consécration d'un usage et, de cette manière, on rend impossible le conflit qui s'établit trop souvent, dans d'autres pays, entre les lois et les mœurs.

Les origines de la *common law* ne peuvent être retrouvées que d'une manière très générale. Plus d'une fois, les jurisconsultes anglais se sont trompés ou ont commis d'évidentes exagérations, lorsqu'ils ont voulu

remonter à ces sources de leur droit. Ainsi, Fortescue a écrit que les lois des anciens Bretons s'observaient encore de son temps et que, ni la conquête de la Grande-Bretagne par les Romains, ni celle des Anglo-Saxons, ni celle des Danois, ni celle des Normands, n'y avaient apporté aucun changement (1). D'autres ont fait remonter la *common law* à une loi saxonne rédigée par Alfred le Grand, qui ne serait pas parvenue jusqu'à nous et qui aurait été plus tard confirmée par Edouard le Confesseur. Telle est l'opinion de Blackstone (2), de Bentham (3), de Reeve (4). Bacon risquait moins de se tromper quand il se bornait à écrire dans son projet de digeste : « Nos lois sont mêlées comme notre langage ; notre langue est d'autant plus riche, nos lois en sont de même d'autant plus complètes. » En réalité, la *common law* est le résultat du droit normand, du droit danois, du droit saxon, peut-être même de quelques coutumes encore plus anciennes ; cette fusion a formé d'autant plus facilement un tout homogène, que ces différents droits présentaient beaucoup de points de contact entre eux.

Comme il appartenait aux cours de loi commune, supprimées dans ces dernières années, de décider, dans le doute, quel était le sens exact d'une coutume et d'appliquer les statuts, on en a conclu que les décisions de ces cours devaient avoir l'autorité et la force de règles de droit et de précédent et constituer une partie du droit commun conservée dans les livres des reports. Ces reports ont pris une telle importance,

(1) *De Laudibus legum Angliæ,* ch. 17.
(2) Introduction, § 3.
(3) *Papers of codification,* dans la Revue d'Edimbourg, XXIX, p. 217.
(4) Ch. I.

en Angleterre, que leur collection dépasse en étendue celles de tous les autres pays de l'Europe réunis. Toutes les juridictions importantes ont leurs reports et chacune d'elles remplit parfois plusieurs volumes dans l'année. Nous avons déjà vu qu'il ne faut pas confondre les records avec les reports. Lorsque certaines cours ont terminé une affaire, le jugement et l'instruction qui l'a précédée sont enregistrés et conservés sous le nom de record. Si plus tard la même difficulté reparaît, on a recours à ces décisions antérieures auxquelles on reconnaît une grande autorité. La loi est ainsi appliquée avec plus de fermeté et les droits des particuliers échappent aux dangers des fluctuations d'une jurisprudence incertaine. Sans doute les records n'ont pas force de loi, mais, comme le dit Blackstone, « les décisions des cours de justice sont les preuves de ce qui forme la loi commune » (1). On ne s'écarte d'une décision antérieure qu'autant qu'elle est injuste ou sans rapport avec la contestation engagée.

De nos jours encore, le droit commun forme la base de la législation anglaise ; il reçoit son application toutes les fois qu'il n'y est pas dérogé par les statuts ; c'est la conséquence de l'attachement si profond que les Anglais éprouvent pour toutes leurs institutions. Cette loi commune, ainsi appelée parce qu'elle comprend tout le droit général du royaume, est aussi connue sous le nom de *lex terræ* ou de *lex angliæ* ou encore de *lex patriæ*. On appelle souvent le droit commun *lex non scripta* ; ce droit n'a, en effet, jamais été officiellement rédigé par écrit. Mais s'il s'est pendant quelque temps transmis par la tradition, de bonne heure il a été cons-

(1) Introduction, section III.

tałé par les ouvrages des jurisconsultes ou par les arrêts de la justice. Les jurisconsultes anglais font aussi rentrer le droit romain et le droit canonique dans la *lex non scripta*, parce que ces deux droits ont été seulement acceptés par l'usage, sans avoir jamais obtenu force obligatoire par eux-mêmes, et n'ont pas été promulgués par le Parlement. Mais les applications du droit romain et du droit canonique sont devenues insignifiantes et ne se présentent plus que devant des juridictions sans importance.

La loi commune peut être modérée par l'équité; d'autres fois elle est modifiée ou complétée par les statuts qui forment le droit écrit.

Blackstone définit avec Grotius l'équité « la correction de ce en quoi la loi est défectueuse, à raison de son universalité. En effet, puisque les lois ne peuvent prévoir ou exprimer tous les cas, il est nécessaire, quand leurs dispositions générales viennent à s'appliquer à des cas particuliers, qu'il existe quelque part un pouvoir investi du droit de définir les circonstances qui auraient été exprimées par le législateur lui-même, s'il les avait prévues. Et ce sont là les cas que, suivant Grotius, *lex non exacte definit, sed arbitrio boni viri permittit* (1). » On a souvent dit, avant la réforme qui vient de réunir les cours de droit commun et d'équité en une seule juridiction, que les cours de chancellerie jugeaient en équité, tandis que celles de loi commune statuaient d'après la rigueur du droit. La fausse opinion que certaines personnes se forment encore de l'ancienne cour de chancellerie, tient à ce qu'on se renseigne auprès d'auteurs qui eux-mêmes ont puisé dans Lombard,

(1) Introduction, section III.

Bacon, Coke, Spelman, Selden. Or, ceux-ci écrivaient dans un temps où la cour de chancellerie, encore dans son enfance, avait pour principale mission de venir au secours des parties qui ne pouvaient recourir aux autres tribunaux ou qui avaient obtenu une sentence trop rigoureuse. Mais, à partir du milieu du XVIIe siècle, les principes qui ont servi de base aux décisions des chanceliers ont donné naissance à une science aussi profonde et aussi subtile que celle observée dans les juridictions de droit commun; les chanceliers n'ont plus jugé d'après leurs idées sur l'équité naturelle, mais ils se sont décidés par l'autorité de leurs prédécesseurs et par les maximes que l'usage avait consacrées.

La cour de chancellerie s'est ainsi graduellement rapprochée des juridictions ordinaires. Les limites de la compétence entre les cours de droit commun et celles d'équité, ont, en même temps, été mieux comprises et bien observées. Toutes ces juridictions sont, de cette façon, devenues des tribunaux de même nature, mais jouissant de compétences propres et soumis à des procédures différentes.

Les statuts (*the statute law*) comprennent, dans un sens large, tout le droit anglais qui est en dehors de la loi commune; aussi y fait-on rentrer même les lois des Anglo-Saxons. Mais on entend aujourd'hui plus spécialement par statuts, les actes et édits émanés du roi avec l'avis et le consentement des lords spirituels ou temporels et des communes, assemblés en Parlement. Les statuts ont les objets les plus divers et forment un immense amas d'actes législatifs; il y en a en ce moment plus de trente mille. Autrefois ils confirmaient assez souvent la loi commune; tels étaient la *Magna Charta*, les statuts de Marlbridge et de Merton. Aujourd'hui ils

ont toujours pour objet de la modifier ou de la compléter. Aussi lorsqu'un statut diffère de la loi commune, on le considère comme ayant abrogé la coutume. Les statuts généraux s'appliquent à tous et les cours de justice sont tenues d'en faire d'office l'application. Il en est de même des statuts dits locaux et personnels qui concernent, le plus souvent, une ou plusieurs réunions particulières de personnes, par exemple, une commune, une société. Au contraire, les statuts dits personnels ne concernent que telles ou telles personnes qui doivent les invoquer devant les tribunaux si elles veulent en profiter.

La loi commune et les statuts ne s'appliquaient, à l'origine, qu'à l'Angleterre proprement dite ; ils étaient étrangers au pays de Galles, à l'Ecosse, à l'Irlande. Toutefois, le pays de Galles perdit une partie de son indépendance sous Edouard 1er et ce qui en était resté sous Henri VIII ; le statut 27 de ce règne décida qu'à l'avenir les lois de l'Angleterre seraient en usage dans cette principauté. Bien que le roi d'Ecosse Jacques VII fut monté sur le trône d'Angleterre sous le nom de Jacques 1er, les deux royaumes continuèrent à avoir une existence complètement séparée pendant plus d'un siècle ; ce fut seulement en 1707, sous le règne d'Anne, que les parlements des deux pays réalisèrent l'union depuis si longtemps projetée. Mais l'Ecosse n'en a pas moins gardé ses coutumes et ses lois nationales. Au contraire, l'Irlande, vaincue par la force, après avoir été plusieurs fois soumise à des régimes différents, a été définitivement incorporée à l'Angleterre et assujettie à ses lois. Les îles normandes, restées anglaises même après la réunion du duché de Normandie à la France, et l'île du Man, ont toujours gardé leurs lois propres. Quant aux

colonies, à peu près indépendantes de la métropole, elles ne sont pas en général soumises aux lois de l'Angleterre. Ainsi l'île Maurice est encore régie par la coutume de Paris ; le bas Canada possède un code civil de date assez récente et qui se compose d'un mélange curieux de droit français, particulièrement de l'ancienne coutume de Paris, et de droit anglais. Il semble que ces pays, arrachés par la guerre à la France, aient voulu, par leur attachement si énergique à notre ancien droit, témoigner de leur fidélité constante à la mère patrie (1).

Tel est l'état actuel du droit civil en Angleterre. Nous nous sommes attachés à le faire connaître avec quelques détails, parce que ce droit présente des particularités très-remarquables, aussi bien dans son développement historique que dans son application actuelle. Si l'on compare les principaux codes des nations du centre et du midi de l'Europe, on ne tarde pas à constater l'existence d'une certaine uniformité dans le droit civil de ces pays. Cette uniformité tient, en partie, à l'influence du droit romain et à la codification moderne. Au contraire, le droit anglais s'est développé à part et à sa manière. Aussi les contrastes sont frappants entre la loi, la justice, la procédure civile de l'Angleterre et celles des pays du continent. Celui qui compare aujourd'hui, sans le secours de l'histoire, les institutions civiles (droit civil, procédure, tribunaux) de l'Angleterre à celles des autres peuples, est porté à croire que ces institutions ont toujours différé de celles du continent. Mais si l'on remonte le cours des temps, l'histoire nous

(1) Autrefois les habitants du pays que la guerre nous avait enlevés n'avaient pas besoin pour redevenir français de lettres de naturalité, mais seulement de lettres de déclaration. Le roi affirmait par là que la France n'abdique jamais des droits une fois acquis.

révèle un fait curieux et qui devient de plus en plus évident à mesure que l'on s'éloigne de notre époque. Arrivé au moyen âge, l'historien se trouve aussi embarrassé pour relever les différences que le jurisconsulte l'est aujourd'hui pour établir des analogies. Nos anciens jurisconsultes ont plutôt aperçu que connu les ressemblances du droit français et du droit anglais. Il ne paraît même pas qu'ils se soient préoccupés de rapprocher ces deux législations. C'est à peine si l'on peut citer Ducange et ses continuateurs qui, pour la composition de leur glossaire, ont eu l'ingénieuse pensée de consulter quelques traités de droit anglais antérieurs au règne d'Elisabeth. Pendant longtemps, on s'est imaginé, en France, que Ducange et ses continuateurs avaient tiré des lois anglaises tout ce qui peut intéresser des jurisconsultes français pour l'étude de leurs propres lois.

Ces erreurs ont eu cours jusqu'à la fin du siècle dernier. A cette époque, Houard a essayé de montrer tout le profit que peut donner l'étude des anciennes lois anglaises pour l'histoire du droit français, surtout si on les compare au droit normand. Ses travaux consistent dans la publication d'anciens textes de lois saxonnes ou de droit anglo-normand ; malheureusement ces textes présentent trop souvent des altérations que l'on a su éviter dans les publications actuellement en cours chez nos voisins d'Outre-Manche.

Il ne faudrait pas croire d'ailleurs que nous ayons de nombreux emprunts à faire dans le droit civil à la législation anglaise. Les nations de l'Europe ont emprunté à l'Angleterre son organisation politique ou tout au moins ont considéré ce système constitutionnel comme le type idéal vers lequel doit tendre tout bon gouver-

nement; c'est aussi l'Angleterre qui a servi de modèle dans l'organisation de la procédure et de la justice criminelles. Mais le droit civil anglais n'offre pas la plupart des qualités que l'on est généralement d'accord pour reconnaître aux lois des autres pays. On lui reproche d'être resté trop servilement fidèle au droit féodal. Ce sont encore les principes de ce droit qui dominent dans la famille; ce sont eux qui introduisent dans le régime de la propriété foncière les complications et les anomalies que nous avons connues avant les lois de la Constituante. L'organisation judiciaire et la procédure civile étaient aussi restées, jusque dans ces derniers temps, compliquées et confuses; mais l'Angleterre vient de subir l'influence du continent. Le jury civil, réclamé à tort en France par certains esprits, a été très vivement attaqué chez nos voisins et il tend de plus en plus à disparaître. On a compris la nécessité de simplifier l'organisation de la justice et d'établir une magistrature nombreuse et permanente. Jusque en 1873 l'organisation de la justice anglaise ressemblait assez, par la variété et la complication des juridictions, à celle de notre ancienne France. Une foule de tribunaux avaient été successivement créés sans la moindre harmonie; ces juridictions se gênaient mutuellement; souvent hostiles entre elles, elles n'avaient pas le pouvoir de terminer les procès les plus importants qui pouvaient aller en dernier ressort à la chambre des lords. Les cours de chancellerie et celles de droit commun étaient trop souvent placées dans un antagonisme fâcheux. Cette division des juridictions avait produit les plus déplorables résultats : il fallait souvent plaider à la fois devant les deux juridictions, ce qui occasionnait des pertes de temps et des frais énormes.

Depuis 1850, on se préoccupait vivement de cet état de choses. Le bill de 1873 réunit huit cours supérieures en une seule cour statuant à deux degrés ; il établit une procédure uniforme, dégagée de la plupart des anciennes subtilités; il atténue la vieille distinction entre le droit commun et l'équité, en donnant à chaque chambre de la cour le droit de statuer à la fois en suivant la loi et l'équité. Cet acte de 1873 a rencontré de très vives résistances, surtout de la part de la chambre des lords et son application a été retardée pendant quelque temps ; mais il a fini par entrer en vigueur, après avoir toutefois subi quelques changements, surtout au profit de la chambre des lords dont la loi nouvelle supprimait à l'origine le pouvoir judiciaire. Ces réformes en provoqueront certainement d'autres. Mais ira-t-on jusqu'à codifier les lois anglaises ? Certaines personnes le croient, surtout à cause des difficultés que fait naître actuellement la loi par sa confusion et son manque d'unité. Avant la rédaction de notre code civil, l'avantage était peut-être du côté des Anglais ; les Ordonnances de Louis XIV et de Louis XV nous avaient déjà donné l'unité dans presque toutes les branches du droit et même dans certaines parties du droit civil ; mais cependant la loi civile variait encore à l'infini suivant les pays de la France. Au contraire, dès les premiers temps du moyen âge, l'Angleterre possédait une législation générale à peu près uniforme, due à la suprématie royale et en particulier aux juges de *nisi prius* qui, dans leurs tournées, assuraient partout l'exacte et uniforme application de la loi commune. Mais à mesure que le droit s'est développé, la variété a aussi augmenté ; à côté de la loi commune, s'est formée l'équité qui la contredit et la neutralise. Comme l'équité n'a jamais été officielle-

ment constatée par écrit, on la trouve partout et elle n'existe nulle part ; les hommes de loi les plus habiles éprouvent souvent de grandes difficultés quand il s'agit de la comprendre ou même de la découvrir. Les statuts votés par le parlement ne sont pas moins confus. Ils naissent, comme l'a dit Bacon, de la piqûre du moment. Aussi n'y faut-il pas chercher des principes, mais seulement des détails, toujours fort longs, parfois inutiles, ou même incomplets malgré leur prolixité. Les statuts manquent de clarté, et, à chaque session, des projets sont présentés pour expliquer ceux qui ont été précédemment votés. Au milieu de ce chaos des statuts, au sein de ce dédale inextricable de règles qui se croisent et se combattent, l'erreur et la contradiction sont inévitables dans l'application. Après vingt ans des études les plus pénibles, la conscience hésite incertaine, l'intelligence fléchit accablée sous le poids d'une science aussi compliquée, alors que les lois nouvelles n'abrogent pas les anciennes et que depuis Henri III on évalue à plus de 30,000 les seuls actes du Parlement.

Si chaque branche du droit, et, dans cette branche, chaque partie importante faisait l'objet d'un ou de plusieurs statuts principaux, on pourrait encore, à la rigueur, se reconnaître au milieu de cette masse de documents ; mais il n'en est rien. Un seul et même statut contient fort souvent des indications partielles sur plusieurs questions. Robert Peel releva, en 1825, que les lois en vigueur sur le jury étaient dispersées dans quatre-vingt-cinq statuts et que, parmi ces statuts, un certain nombre portait sur les objets les plus étrangers au jury, comme le statut concernant le recouvrement des petites dettes, le statut relatif à la construction des prisons, celui qui déterminait les incapacités des pharma-

ciens à remplir certains offices municipaux. Robert Peel présenta au Parlement un bill qui avait pour objet de réunir en un seul acte toutes les lois sur le jury. L'exemple a été suivi, mais le mal est encore considérable. Il est même aggravé par la multiplicité des décisions de la justice qui ont devant les tribunaux une autorité considérable. « Nous n'avons malheureusement, disait en décembre 1864, le lord chef justice de la Cour du Banc de la Reine aux jurés de l'affaire Black, ni code de lois, ni consolidation de statuts. Une grande partie de notre droit est fondée exclusivement sur les décisions des cours de justice. Ces décisions sortiraient promptement de la mémoire si elles n'étaient pas recueillies en la forme de reports authentiques. Ces reports ne peuvent être retrouvés que dispersés dans des centaines de volumes. Sans le secours des compilalateurs, je ne sais pas ce que nous deviendrions. Notre loi serait un chaos de confusion. Les choses vont assez mal ; elles seraient mille fois pis sans l'aide de ceux qui recueillent dans nos cours et ceux qui reproduisent dans leurs ouvrages les travaux réunis de la barre et du banc des juges (1) ».

La science juridique s'est ressentie de ces défauts des lois; les jurisconsultes anglais ont plus besoin de mémoire que de logique et de raisonnement. Avant tout, ils s'attachent à rechercher les antécédents pour établir ensuite les analogies qu'ils offrent avec leur cause. Ils ne remontent pas à des principes qui font défaut ou sont couverts d'obscurité. Chez nous déjà, certains avocats s'attachent beaucoup trop aux compilations d'arrêts, mais ce défaut est atténué par le texte

(1) *Times* du 5 décembre 1864.

précis de la loi à laquelle il faut toujours remonter, et aussi par les études faites dans les Ecoles de droit. Au contraire, il n'existe pas à proprement parler d'enseignement du droit en Angleterre ; ce pays est riche en avocats, mais non en jurisconsultes. Les cours qui se donnent dans les Universités ne forment pas un tout scientifique comme en France et en Allemagne ; les quatre corporations de *barristers* établies à Londres ne ressemblent en rien à nos écoles de droit, et les formalités prescrites pour devenir *barrister* sont tout à fait puériles au point de vue scientifique.

Plus d'une fois on a constaté le mal et proposé d'y remédier. En 1577, Nicolas Bacon, alors garde des sceaux, traça un plan pour simplifier les statuts et les réviser et, seize ans après, la reine recommanda au Parlement d'opérer cette révision, mais il ne fut pas donné suite à ce projet. Sous Jacques Ier, sous la République, après le retour des Stuarts, des voix s'élevèrent pour demander une nouvelle rédaction des statuts, et le Parlement fut plusieurs fois saisi de la question. En 1666 et en 1796, le Parlement nomma un comité chargé de réviser les statuts ; toutes ces tentatives sont restées sans résultat. Au commencement de notre siècle, Bentham attaquait avec sa brusquerie habituelle la loi commune de son pays : « Cherchez-la, disait-il, demandez qu'on vous la montre, aucun ne peut vous dire où elle est née, ce qu'elle est. C'est un être de raison, une fiction... Grande est la Diane des Ephésiens, disaient les prêtres du temple d'Ephèse. Grande est la Minerve des Athéniens, criaient les prêtres du temple d'Athènes. Les hommes de loi, en Angleterre, ont leur Diane, leur Minerve, leur déesse de la Raison. » Quelques années plus tard, Samuel Romilly, dans la *Revue d'Edimbourg*

de novembre 1817, attaquait non moins vivement la législation anglaise qu'il accusait d'être obscure, incertaine et contradictoire. De nos jours encore, ces plaintes se sont renouvelées à plusieurs reprises. Le gouvernement a chargé une commission de préparer les premières bases d'un digeste des lois anglaises, de rechercher quel pourrait être le plan de ce digeste, et comment on y résumerait la loi commune, les statuts et les treize cents volumes de décisions judiciaires. Mais ce projet a rencontré de si vives résistances, qu'il n'a pas abouti.

La codification est un procédé toujours plus ou moins violent et, comme tel, il répugne à la nation anglaise. Le peuple anglais veut avoir un passé et il est fier du sien avec juste titre; il craint qu'un code ne supprime ce passé et fasse de lui un peuple nouveau. Les esprits les plus éminents sont persuadés qu'un code, même s'il changeait seulement la forme de la loi, entraînerait des suites aussi funestes que celui qui introduirait des principes entièrement nouveaux. La loi commune est si délicate et si subtile, que le moindre changement dans sa structure amènerait un résultat à peu près semblable à celui qui proviendrait de quelque innovation dans les matériaux dont elle se compose; il serait impossible de la rédiger en forme d'articles, sans détruire complétement le système des analogies et des dépendances auxquelles elle doit en grande partie son origine. Blackstone exprimait nettement l'opinion dominante de son temps, quand il disait qu'il faut toujours se soumettre aux décisions anciennes : « bien qu'on n'en puisse pas toujours saisir les motifs à première vue. » Nous devons, ajoutait-il, assez de déférence aux temps anciens, pour que nous ne puissions pas suppo-

ser qu'on ait agi alors sans réflexion (1). Cette manière de voir est restée celle de la majorité en Angleterre et elle s'oppose, aujourd'hui comme autrefois, à ce que les tentatives de codification puissent réussir (2).

(1) Introduction, section III.

(2) M. de Tocqueville a fait une critique très fine de l'homme de loi anglais : « Le juriste anglais, dit-il, estime les lois non parce qu'elles sont bonnes, mais parce qu'elles sont vieilles, et s'il se croit réduit à les modifier sur quelque point pour les adapter aux changements que le temps fait subir aux sociétés, il recourt aux plus incroyables subtilités, afin de se persuader, qu'en ajoutant quelque chose à l'œuvre de ses pères, il ne fait que développer leur pensée et compléter leurs travaux. N'espérez pas lui faire reconnaître qu'il est novateur, il consentira plutôt à aller jusqu'à l'absurde que de s'avouer coupable d'un si grand crime. » (II, p. 164.)

B. Pays Scandinaves (1).

Les lois scandinaves se sont encore moins assimilé les éléments étrangers que les lois de l'Angleterre. Chez nos voisins, le droit romain a été accepté par quelques juridictions comme règle de droit ; les dispositions du droit canonique concernant le mariage y ont été observées ; enfin les lois nationales, composées d'éléments saxon et normand, sont en réalité de même origine que celles des autres nations barbares de l'Occident. Dans les pays scandinaves, nous assistons, pendant des siècles, à un spectacle tout à fait différent. Le droit romain y reste à peu près inconnu ; les lois de la Suède et celles de la Norwége n'en subissent jamais l'influence. En Danemarck, il est vrai, la renaissance du droit romain se fit sentir et attira un certain nombre d'étudiants danois dans les Universités de France et d'Italie ; aussi le code que le roi Wladimir fit rédiger dans la suite, emprunta de nombreuses dispositions à la loi romaine, mais ce fut là un fait unique dans le nord de l'Europe. Les pays scandinaves n'ont même accepté qu'avec difficulté et après de longues résistances, cer-

(1) Bibliographie. *Les sources du droit norwégien et leur usage* (en suédois) par Aubert. — *Exposé de la législation du Danemarck et de la Norwége,* par Paulsen, dans la Revue de Fœlix, III, 2. — *Exposé de la législation de la Suède,* par West, dans la Revue de Fœlix, II, 530. — *Aperçu de la législation civile de la Suède,* par Sparre, dans la Revue de Fœlix, XIV, 662, 732.

taines dispositions du droit canonique relatives au mariage.

Pendant tout le moyen âge et pendant les premiers siècles des temps modernes, les lois des pays scandinaves sont empreintes d'un caractère de barbarie très-marqué. Aussi, dans toutes ces lois, la situation de la femme est précaire. Les anciennes lois de l'Islande ne demandent pas à une fille son consentement au mariage; le droit de la marier fait partie du patrimoine et se transmet dans la succession, même à des collatéraux éloignés. Le fils légitime âgé de seize ans est, au contraire, capable de gérer ses biens; la loi lui reconnaît même le droit de marier sa mère devenue veuve. A son défaut, ce droit passe au mari de sa sœur; viennent ensuite, les uns à défaut des autres : le père, le frère paternel à l'égard de sa sœur, la mère à l'égard de sa fille, etc., etc. Les lois scandinaves contiennent une interminable énumération de ces parents auxquels appartient le droit de marier une fille. Quant à la veuve, à la différence de la fille, elle ne peut pas être contrainte de prendre un mari, et le droit de la marier n'appartient qu'à un nombre beaucoup plus limité de parents. Comme dans toutes les lois barbares, on stipule, au moment des fiançailles, le prix d'acquisition que le futur doit payer *(mundr);* la femme touche ce prix au moment de l'entrée dans le lit nuptial, comme le morgengabe germanique. Telles sont du moins les dispositions des vieilles lois de l'Islande, qui peuvent être considérées comme le type le plus pur des anciennes lois scandinaves.

Plus tard, ces dispositions furent adoucies. Le roi Magnus, le réformateur, décida que le droit de marier une fille n'appartiendrait plus qu'aux père et mère et, après leur mort, aux parents les plus proches. Une loi

du roi Hagen va encore plus loin : elle ne reconnaît le droit de marier une fille qu'au père, au frère, à la mère, les uns à défaut des autres, et elle ajoute que le mariage contracté sans le consentement de ces personnes n'en sera pas moins valable; la sanction ne consiste plus que dans la perte pour la fille de tout droit à la succession de celui qui devait consentir au mariage, et, pour celui qui l'épouse, dans la perte du quart de ses terres.

En Norwége comme en Islande, le mariage se fait sous forme de vente; le don nuptial doit égaler la dot, mais la femme perd son droit sur ce don si elle meurt sans enfant. En Danemarck, lorsque la femme se marie sans le consentement de ses plus proches parents, ceux-ci peuvent s'emparer de ses biens, mais dès qu'elle a dix-huit ans accomplis, elle a le droit de se présenter au roi pour être mariée ; le mariage est précédé de la stipulation d'un prix d'achat. En Suède, la loi d'Upland, tout en défendant de s'emparer d'une femme par violence, admet une exception au profit du fiancé ; comme en Islande, le droit de marier une fille appartient aux parents en ligne directe ou collatérale dans l'ordre des successions, et la fille qui se marie sans consentement perd son droit d'héritier.

Dans toutes les lois scandinaves, il y a une sorte de communauté entre époux. En Islande, la femme a droit au tiers de cette communauté ; en Norwége, la communauté ne commence que quelques mois après le mariage. En Suède, les acquisitions réalisées pendant le mariage se partagent par tiers, un pour la femme et deux pour le mari. Ces anciennes lois scandinaves présentent aussi ce caractère commun de ne pas distinguer bien nettement la concubine de la femme légitime et de la

traiter même avec une certaine faveur. En Danemarck, la concubine qui a vécu publiquement avec un homme pendant trois ans, devient sa femme légitime. Dans les successions, ces lois offrent quelques divergences, mais elles accordent toutes une préférence marquée aux mâles. En Islande, la loi de Magnus fait succéder les filles avec les fils, seulement elles ne prennent qu'un tiers; dans tous les cas, le fils aîné a droit à la terre principale. Mêmé règle en Suède. Le fils exclut la fille en Norwége; ce n'est qu'à défaut du fils et du père, lesquels concourent, que la fille vient pour les meubles et le petit-fils pour les terres. Ces exemples suffisent pour montrer combien ces lois ressemblent à celles des barbares établis dans le centre et au midi de l'Europe; mais alors que celles-ci se sont de très bonne heure modifiées pour former un droit coutumier plus avancé ou ont même disparu, celles-là, au contraire, sont restées stationnaires pendant des siècles.

La plus importante des anciennes lois du Danemarck, est celle du Jutland, publiée sous le roi Wladimir II par la diète de 1241. A côté de cette loi, on compte de nombreuses coutumes locales; les plus importantes sont celles de Schleswig, de Lund, de Copenhague (1254), de Roschild (1268). Le code général actuellement en vigueur remonte à 1684; il a été promulgué sous le règne de Christian V. Il porte sur presque toutes les branches du droit; le troisième livre est consacré au droit de famille; le cinquième, aux droits réels et personnels. La Norwége étant placée à cette époque sous la même couronne que le Danemarck, le code danois y fut promulgué en 1688, après avoir été révisé sur certains points par une commission de jurisconsultes norwégiens. Ce code fut introduit, la même année, dans

les îles Feroë et en Islande, mais il ne s'est jamais appliqué au Lauenbourg, au Schleswig, dans le Holstein, qui ont toujours été régis par une législation spéciale.

Le code de Christian V est aujourd'hui, en grande partie, abrogé ou tombé en désuétude; il a été remplacé par une foule de lois ou ordonnances postérieures qui ont jeté le droit danois dans une grande confusion. Le projet, plusieurs fois mis en avant, d'une nouvelle codification des lois danoises, n'a pas encore pu aboutir.

La plus ancienne loi de Suède est celle d'Upland (*Uplandslagh*); la rédaction dans laquelle elle s'est conservée date du roi Birgher (1295). Celle de Sundermanie lui succéda; elle fut rédigée par le roi Magnus Erichen en 1327. Certaines provinces étaient régies par des lois spéciales; il y avait aussi une loi de Westmanie, une de Helsinga, une de Dahla, une de Gothie occidentale, une autre de Gothie orientale, enfin une loi de l'île de Gothlane. Certaines villes possédaient leurs coutumes propres; telles étaient les villes de Biorko et de Wisby. Dès l'année 1347, la rédaction d'un code général fut décrétée; mais ce projet ne fut réalisé qu'un siècle plus tard sous le roi Christophe (1442). A côté de ce code général, le droit municipal de la ville de Biorko acquit l'autorité d'un droit commun des villes suédoises. Dès 1566, à la suite des changements survenus dans la langue, dans les institutions politiques et religieuses, la Diète proposa un nouveau code; mais le roi ayant en même temps établi une cour souveraine, toute idée de réforme judiciaire fut abandonnée comme attentatoire aux libertés de l'Etat.

Le projet d'un nouveau code fut repris en 1604 sous Charles IX; une commission fut nommée et le gou-

vernement présenta son projet aux Etats en 1609, mais la Diète le repoussa à cause de ses lacunes ainsi qu'un contre-projet de certains députés. En 1686 on remit à l'étude l'idée d'un code de lois. La commission chargée de ce travail en communiqua chacune des parties au fur et à mesure qu'elles étaient achevées, aux tribunaux et aux jurisconsultes les plus éminents du royaume. L'élaboration ne dura pas moins de quarante ans. Les guerres continuelles de Charles XII empêchèrent ce prince de présenter le projet à la Diète. La discussion ne s'ouvrit qu'en 1734 ; l'acte de promulgation parut le 23 janvier 1736.

Le code de 1734 n'est pas seulement une loi civile ; il embrasse presque toutes les branches du droit, sauf le droit constitutionnel, le droit commercial, la procédure et le droit pénal. En 1824, on a nommé une commission chargée de faire un nouveau code, mais ce projet n'a pas abouti.

Le code suédois est particulièrement intéressant au point de vue du droit de famille et du droit de propriété. Dans la famille, on retrouve des principes qui remontent directement, sans altération sérieuse, au droit barbare. L'esprit de tradition est si vif en Suède, qu'au moment de sa promulgation le code de 1734 fut l'objet de violentes attaques. On lui reprochait de consacrer des innovations dangereuses. Ces reproches n'étaient pourtant pas mérités. De toutes les lois modernes, c'est le code suédois qui reproduit le plus fidèlement les antiques coutumes, comme nous aurons occasion de le prouver à propos du mariage. La Suède est le pays de l'Europe qui a le mieux conservé sa nationalité dans ses mœurs, dans ses lois, dans sa constitution politique ; ses institutions se sont développées en dehors de l'influence

de la civilisation latine, et c'est pour ce motif que leur étude est d'autant plus curieuse. La Suède et la Norwège n'ont jamais été envahies ; ce sont, au contraire, leurs habitants qui se sont jetés sur certaines parties de l'Europe. Les villes du littoral ont seules vécu avec les nations voisines ; les autres parties de cette contrée du Nord sont restées dans l'isolement. C'est une des principales causes de la fixité des lois de ce pays. Pour être complet et exact, il faut cependant reconnaître que si la tentative de refonte du code de 1734 n'a pas abouti, beaucoup de changements partiels, ont été introduits tout récemment, de nos jours, même en ce qui concerne le mariage. D'un autre côté, on n'applique pas, non plus au pied de la lettre, un certain nombre de dispositions anciennes des lois en vigueur, mais adoucies par les mœurs.

Le premier législateur de la Norwège fut le roi Hagen Adelstan, qui, vers 540, publia deux grandes lois, le *Gulathing* et le *Frosteting*. Le premier s'appliquait dans le district de Bergen, et le second dans celui de Drontheim. Plus tard, le roi Magnus fit procéder à une révision des lois existantes ; enfin le roi Christian V dota la Norwége d'un code en l'année 1687 et c'est ce code général qui forme encore aujourd'ui la base du droit norwégien. Nous avons déjà vu que cette loi date de l'époque où la Norwége et le Danemarck étaient réunis sous la même couronne; le code norwégien n'est autre chose qu'une édition spéciale du code danois modifié sur certains points. Mais ce code eut le tort de ne pas tenir suffisamment compte des mœurs et des traditions de la Norwége; aussi ses dispositions furent modifiées par un grand nombre de lois postérieures ou tombèrent en désuétude. La constitution de 1814 (art. 94) prescri-

vit l'adoption d'une nouvelle loi générale civile et criminelle : on voulait imiter le code prussien et réunir en un seul recueil toutes les lois civiles, commerciales, criminelles, administratives, industrielles. L'œuvre était trop considérable pour pouvoir aboutir, surtout dans le délai fixé par la constitution. Les travaux préliminaires de plusieurs commissions n'ont pu donner aucun résultat, du moins en ce qui concerne le droit civil.

C. Russie (1).

En Russie, les premières tentatives de codification remontent à Alexis Michaëlowitsch qui publia, en 1649, l'*Oulogénie*. Ce code, divisé en 968 articles, embrassait, sans aucune méthode, toutes les parties du droit. En 1700, Pierre-le-Grand eut la pensée de réunir, en un recueil, tous les oukases publiés depuis 1649; mais il ne put réaliser son projet. Ses successeurs se chargèrent de le mener à bonne fin. Plusieurs commissions ont été successivement nommées à cet effet; l'immense travail fut terminé en 1832; il parut en plusieurs volumes, contenant plus de 35,000 lois.

Ce recueil était divisé en deux parties, la première comprenait les lois de 1649 à 1825 ; la seconde, celles de 1825 à 1832. On l'a désigné sous le nom de *Svod* ou Digeste, et il est entré en vigueur à partir du 1er jan-

(1) Bibliographie. *Etudes historiques sur la Législation russe ancienne et moderne,* par Zezas. — Maurocordato, *Essai historique sur la Législation russe* (en grec). — Tolstoy, *Coup d'œil sur la Législation russe.* — Hube, *Uber das Erbrecht der Slaven.* — Koutharski, *Monumenta juris slavi antiquissimi.* — Maciekowski, *Slavische Rechtsgeschichte.* (In vier theilen aus dem Pœlnischen übersetzt von Buss und Nawroski). Stuttgart und Leipsig, 1835-1839, 3 vol. in-8. — Ewers, *das alteste Recht der Russen.* — Lehr, *Eléments de droit civil russe* (Russie, Pologne,. provinces baltiques).

Pour les Slaves méridionaux : Demelic, *le Droit coutumier des Slaves méridionaux,* d'après les recherches de M. Bogisic. — Mme Evreinov, *Une conférence sur le droit des Slaves méridionaux* dans le Jouridiceski vêstnik. (Le Messager véridique), année 1878.

vier 1835. Plusieurs éditions ont été publiées depuis cette époque et le nombre des lois contenues dans le recueil est devenu si considérable, que le Digeste a pris des proportions vraiment formidables ; on a heureusement eu le soin de classer toutes les lois dans un ordre méthodique et par un procédé qui rend les recherches faciles.

Il ne faudrait pas croire que ce code ait introduit en Russie l'unité du droit civil. Il est, au contraire, peu de pays où le droit présente plus de variété. La Russie s'est annexé un grand nombre de pays depuis le commencement de ce siècle, mais elle a, presque partout, respecté le droit civil en vigueur. Ainsi, à la différence de la Pologne prussienne et de la Pologne autrichienne qui sont soumises, l'une au landrecht prussien, l'autre au code civil autrichien, la Pologne russe, comprenant à peu près le grand duché de Varsovie tel qu'il avait été constitué par la paix de Tilsitt, est restée soumise à notre code civil qui y avait été introduit en 1808. Ce code n'a subi que des modifications partielles : pour le mariage et les régimes des biens entre époux (lois du 23 juin 1825 et du 24 juin 1836) ; en matière de preuve (loi du 19 février 1875) ; pour le régime hypothécaire (lois du 26 avril 1818 et du 6 août 1825).

Dans les provinces baltiques, il existe un droit civil commun propre à ces pays ; il y a même des contrées où ce droit est purement subsidiaire et où il ne s'applique qu'à défaut de la coutume locale ou de privilèges particuliers établis au profit de certaines catégories de personnes. Le droit commun et les droits civils spéciaux des provinces baltiques ont été réunis en un code en 1864 ; ce code ne comprend pas moins de 4,600 articles.

La Finlande, réunie à la Russie en 1809 par le traité de Frédérikshamm, a conservé le code suédois de 1734. Mais la Diète finlandaise a compris combien les dispositions de ce code sont aujourd'hui incomplètes et surannées et elle a rendu un grand nombre de lois qui ont beaucoup modifié l'ancien droit civil.

Certaines provinces du sud de l'empire, la Bessarabie, le Caucase, ont conservé leurs coutumes propres.

Dans l'intérieur même de l'empire, le *Svod* n'est pas appliqué comme en France le code civil. Les paysans qui composent les cinq sixièmes de la population, ont conservé leurs anciennes coutumes dans la famille et pour la propriété. Le *Svod* est pour eux lettre morte; il ne s'applique qu'aux nobles et aux bourgeois et, même à leur égard, les tribunaux considèrent les dispositions de ce code plutôt comme de simples tendances législatives que comme des règles impérieuses et absolues. Le droit civil du *Svod* présente donc tout à la fois un caractère exceptionnel et idéal; exceptionnel, car la plupart des russes échappent à ses dispositions; idéal, car les tribunaux le considérent comme un but vers lequel on doit tendre dans l'application.

On rencontre ainsi, dans l'empire des czars, des lois civiles de toutes les sources européennes : le droit scandinave en Finlande, l'élément germanique dans les provinces baltiques, le droit français en Pologne. Malgré ce voisinage, le droit civil slave ne s'est, pour ainsi dire, pas altéré et il existe encore aujourd'hui tel qu'on l'appliquait autrefois. Il suffit pour s'en convaincre de comparer au droit non écrit de la Russie, les très vieilles coutumes encore aujourd'hui observées chez les slaves méridionaux soumis, jusque dans ces der-

6

niers temps, à la domination ou tout au moins placés sous la suzeraineté de la Porte. Toutefois, en matière de mariage, sous l'influence du clergé, les principes du droit canonique ont fini, mais après de longues résistances, par être observés presque partout (1).

Autrefois, chez les Slaves de la Russie, l'enlèvement était la forme ordinaire du mariage et cette forme est encore aujourd'hui pratiquée chez certains Slaves de l'Autriche ou de la Turquie. En Pologne, au contraire, le père ou celui qui le remplaçait choisissait la fiancée de son fils. Du côté des Karpaths, le mariage se faisait sous forme de vente : le fiancé remettait, comme prix d'achat, dans une foire ou dans un marché, une certaine somme aux parents de la fille. Après l'introduction du christianisme, les slaves restèrent longtemps fidèles à ces anciennes pratiques, et lorsqu'on se soumit à la bénédiction de l'Eglise, on n'en continua pas moins fort souvent à observer ces coutumes, soit avant, soit après la célébration religieuse. D'ailleurs, la différence de condition n'était pas, comme dans d'autres pays, un obstacle au mariage et l'on voyait parfois des princes épouser des filles de basse condition. Mais la différence de religion devint de bonne heure un obstacle, et l'on verra plus loin que la loi russe actuelle a été rédigée sous l'influence des mêmes idées. On a beaucoup discuté sur le point de savoir si la polygamie était autorisée chez les anciens slaves ; certains auteurs prétendent qu'on a été amené à cette erreur à cause de la grande facilité du divorce.

Dans l'ancien droit russe, la puissance paternelle

(1) De même, çà et là, quelques dispositions du droit civil remontent à une origine germanique, par exemple, en matière de servitude, mais ce sont de très rares exceptions.

était fort rigoureuse : le fils n'en sortait pas sans le consentement de son père, à moins qu'il n'entrât au service du czar ou dans les ordres.

Cette organisation primitive de la famille n'est pas propre aux nations slaves, mais ce qui est particulièrement remarquable chez elles, c'est le régime de la propriété foncière qui a revêtu, jusqu'à nos jours, une forme collective. La Russie n'a pas connu le régime des fiefs et ceux qui prétendent qu'il a existé dans ce pays ont commis une étrange méprise. Sans doute, il s'est fait en Russie des concessions de terres à charge de redevances, mais il suffit de connaître les principes les plus simples du droit féodal pour savoir que ce régime impliquait avant tout des rapports de vassal à suzerain. La propriété collective n'a pas laissé de traces chez les peuples germaniques ; elle s'est, au contraire, établie avec une fixité remarquable, dès les plus anciens temps, chez tous les slaves, au midi comme au nord. Les biens formaient une copropriété de famille ; ils étaient administrés en commun. A la mort du père, le fils aîné ou, à son défaut, ou bien encore s'il était incapable, tout membre de la communauté en état de se mettre à la tête des affaires, prenait la place du défunt. Dès les plus anciens temps, les immeubles n'appartiennent pas au père ou au chef de la famille que l'on considère comme un simple administrateur ; c'est la famille qui est propriétaire.

Ces anciennes coutumes se sont maintenues chez les Slaves méridionaux de la Turquie. En Russie, les communautés de paysans n'ont pas cessé par l'acte d'émancipation, mais il est incontestable que l'abolition du servage finira par amener de profondes modifications dans le régime de la propriété.

Ces principes de l'ancien droit civil ont presque toujours passé dans le *Svod*. Aussi la famille, la propriété, les successions, font l'objet de dispositions que le plus souvent on ne retrouve pas dans les autres lois de l'Europe. Cette persistance de l'ancien droit russe produit parfois de fâcheux effets, en mettant là loi civile de ce pays fort en arrière de celles des autres nations. Par exemple, tandis que les codes polonais et baltique ont adopté, en matière hypothécaire, le système des meilleures lois de l'Occident, au contraire, le *Svod* établit un régime tout à fait défectueux et qui ne présente aucun rapport avec ceux de la France ou de l'Allemagne. On a d'ailleurs compris, en Russie, la nécessité de ces réformes et plusieurs lois civiles importantes seront promulguées d'ici à quelques années.

IV. — PAYS OU L'ÉLÉMENT ROMAIN ET L'ÉLÉMENT GERMANIQUE SE SONT FUSIONNÉS

A. France (1).

Avant la promulgation de notre code, le droit civil variait à l'infini, de province à province, de contrée à contrée et même de ville à ville. Ses sources fort nombreuses peuvent être ramenées à sept : les lois des barbares, les coutumes, le droit romain, le droit canonique, le droit féodal, les ordonnances des rois et les arrêts de règlements. Toutes ces sources n'avaient d'ailleurs pas une égale importance.

Pendant l'époque barbare, le droit civil se compose de recueils de lois écrits sur l'ordre des rois qui s'étaient établis à la place des Romains. Nous avons déjà vu qu'au moment où les barbares envahirent l'Occident, ils rencontrèrent partout le droit romain. Loin de l'abroger, ils le respectèrent, et le droit romain survécut à l'empire

(1) Nous ne donnerons pas ici une bibliographie de l'histoire du droit français. Chacun connaît les travaux de MM. Giraud, Klimrath, Minier, Laferrière, Schæffner, Warnkœnig et Stein ; nous nous bornerons à rappeler qu'il a été publié au siècle dernier à Strasbourg (1751), à la suite de l'*Historia juris civilis* d'Heineccius un résumé très bien fait de l'histoire du droit français (*Historiæ juris gallicani epitome.*) Ce résumé est l'œuvre de Silberrard.

d'Occident renversé en 476. Deux causes s'opposaient à sa disparition : d'abord son incontestable supériorité, ensuite le principe de la personnalité des lois pratiqué par les barbares. Fidèles à ce principe du droit personnel, les rois firent rédiger des recueils de lois romaines pour les vaincus et des recueils de lois barbares pour les vainqueurs. L'influence du droit romain qui n'a jamais cessé d'être observé jusqu'à la révolution, se fait sentir même là où dominait l'élément germanique. C'est ainsi que toutes les lois barbares, sauf celles des Anglo-Saxons, ont été rédigées en latin. De même, si dans les pays du nord de la Gaule les dispositions fondamentales du droit sont devenues germaniques, cependant, çà et là, on y rencontre quelques détails de source romaine. Sous Charlemagne, le droit romain prit une grande autorité en France comme en Allemagne. Mais au milieu des ténèbres du moyen âge, ses textes se perdirent peu à peu dans certains pays au nord de la Loire ; c'est ce qui explique comment une nouvelle période de décadence s'ouvrit pour lui. Toutefois le réveil général provoqué par l'école de Bologne n'a pas apporté le droit romain en France, mais seulement provoqué des études scientifiques et développé son application.

Les Visigoths s'étant établis en Aquitaine avec Toulouse pour capitale (1), leur roi Alaric fit composer un code de droit romain à l'usage des vaincus, connu sous le nom de bréviaire d'Alaric ; les Visigoths gardèrent pour eux leurs coutumes rédigées en code par Euric ; plus tard, Recared ordonna la rédaction d'un code unique pour les Goths et pour les Romains, composé de lois gothiques et surtout de lois romaines. Ce recueil

(1) Ils y restèrent jusqu'à ce que Clovis les refoulât en Espagne.

a passé avec les Goths en Espagne où il constitua, comme nous l'avons vu, le fond du droit espagnol, même après la conquête arabe.

Les Bourguignons, établis dans le pays qui a pris leur nom, formèrent un royaume indépendant jusqu'à l'époque des fils de Clovis qui les soumirent, mais ne les expulsèrent pas. Gondebaud, leur roi, fit composer un code de lois barbares à l'usage des Bourguignons et un code de lois romaines pour les Romains. Ce dernier code est connu sous le nom de Papien.

Quant aux Francs, ils possédaient la loi salique; ils laissèrent aussi aux vaincus le droit romain, mais sans en rédiger un code.

Les principes du droit romain et ceux du droit germanique se trouvèrent ainsi en contact. Les premiers étaient bien différents des seconds : le *mundium* remplaçait la *patriapotestas* et la *manus;* le don nuptial et le douaire se substituaient à la dot ; la succession légale et la copropriété de famille excluaient le testament; la possession valait propriété. Peu à peu la civilisation se transforma et prit un caractère plus particulièrement germanique au nord de la Loire, tandis qu'elle resta romaine au sud de ce fleuve. Aussi le droit romain, après avoir été limité aux rapports entre particuliers, ne tarda pas, au nord de la Loire, à être étouffé par les coutumes d'origine germanique. Il se maintint au sud, mais en se dénaturant et en passant lui-même à l'état de coutume. L'influence du droit romain continua d'ailleurs à se faire sentir, même dans les pays où dominait l'élément germanique.

Le droit romain et les lois barbares ne forment pas les seules sources du droit de cette époque ; les rois francs ont aussi rendu un certain nombre d'actes légis-

latifs qui sont connus sous le nom de Capitulaires.

Pendant la seconde période ou époque féodale, deux nouvelles sources de droit civil se développent : le droit canonique et le droit féodal. Déjà dans l'empire romain, les empereurs avaient autorisé la formation de tribunaux d'église et leur avaient même reconnu une compétence propre pour certaines contestations. Pendant la période barbare, ces justices d'Eglise ne disparaissent pas complètement ; l'Eglise obtient, comme d'autres concessionnaires de terre, droit de justice patrimoniale sur les habitants des terres qui lui sont conservées ou concédées. Mais c'est surtout au moyen âge, à l'époque où l'Eglise formait le pouvoir dominant et dirigeait la politique intérieure ou extérieure du royaume, que les tribunaux d'Eglise prirent un immense développement. Le clergé, dispensateur des sacrements, présidait aux naissances, aux mariages et aux décès ; sous prétexte de connexité, il absorba la connaissance de toutes les questions judiciaires qui avaient trait à ces trois grandes phases de l'état civil des individus (filiation légitime, légitimation, conventions matrimoniales, nullités de mariage, adultère, testaments, etc.), de même qu'il intervint comme juge de toutes les causes où la conscience paraissait plus ou moins intéressée (contrats, serments, etc.) Les plaideurs soumettaient même spontanément d'autres contestations aux justices d'Eglise qui, avec leurs juges éclairés et leur procédure régulière, offraient plus de garanties que les justices seigneuriales. La juridiction territoriale de l'Eglise s'accrut aussi à mesure que l'Eglise acquérait de nouveaux domaines. Le clergé étant ainsi devenu juge d'une foule de contestations civiles, se fit législateur et promulgua, parmi ses canons, des dispositions qui devinrent des sources de droit civil.

Le droit canonique a exercé une grande influence sur le développement de notre ancienne législation et de certaines institutions civiles. « Le christianisme, dit le président Bouhier (1), nous a engagé à adopter, même dans les matières temporelles, diverses décisions du droit canonique opposées aux lois romaines, comme à l'égard des peines des veuves qui se remarient dans l'an de deuil, des prêts à intérêts, des legs, des stipulations au profit d'un tiers, des pactions nues, etc. ; de plus, nous avons préféré les formes judiciaires des canonistes à celles du droit civil. Enfin, le droit canonique est encore la source de plusieurs de nos dispositions coutumières et nous avons cela de commun avec la plupart des peuples de l'Europe. »

La plupart de ces règles de droit ont disparu de nos lois modernes ; il en est cependant resté des traces dans la matière si délicate de la possession et un certain nombre de dispositions de notre code sur le mariage remontent aussi au droit canonique (2).

Quant au droit féodal qui, à cette époque, constitue une législation complète, il n'en reste même pas quelques vestiges dans notre code ; tout a disparu. La féodalité formait, en effet, un régime politique, fondé sur la propriété foncière. Elle a été abolie, comme régime politique par la monarchie absolue, et comme régime de la propriété foncière, par l'Assemblée Constituante.

(1) Observations sur la coutume de Bourgogne, I, p. 368.

(2) C'est surtout notre procédure civile qui a fait de nombreux emprunts aux pratiques judiciaires de l'Eglise. La supériorité de notre procédure civile sur celle de l'Angleterre, s'explique par l'assimilation que nous avons su nous faire de la procédure canonique, mais l'influence du droit canonique a été tout à fait néfaste dans la procédure criminelle où elle a introduit l'instruction secrète et la torture, tandis que les Anglais ont toujours connu la procédure publique par jurés, et sans torture.

Pendant que ces deux nouvelles sources de droit civil prennent naissance au moyen âge, celles qui existaient déjà auparavant se transforment sous l'influence des mœurs et des progrès de la civilisation ; les lois barbares deviennent les coutumes des pays situés au nord de la Loire. Au sud de ce fleuve, le droit romain, toujours observé, va prendre un nouvel essor à la renaissance des études juridiques. Enfin, à mesure qu'elle s'affermit dans sa lutte contre l'Eglise et la féodalité, la monarchie prend, de plus en plus, en main le rôle de gouvernement et de modérateur ; elle rend des décisions législatives sous le nom d'ordonnances.

On sait comment s'est terminée cette lutte qui a duré plusieurs siècles. La monarchie absolue s'est établie sur les ruines de la féodalité politique et l'Église a été renfermée dans le domaine qui lui est propre. Aussi, pendant cette dernière période, les deux nouvelles sources de droit du moyen âge sont en pleine décadence. Les justices de l'Eglise sont réduites à un rôle tout à fait secondaire, comme les justices seigneuriales. Sur leurs ruines, s'élèvent les bailliages royaux, les prévôtés royales, les sénéchaussées, les présidiaux et surtout les parlements. Ceux-ci ne tardent pas à s'immiscer dans une foule d'affaires, souvent même étrangères à la justice. A une époque où le principe de la division des pouvoirs n'était pas encore connu, ils s'arrogent la qualité de représentants des Etats généraux et, comme tels, font parfois de véritables lois qui, sous le nom d'arrêts de règlement, sont exécutoires dans l'étendue de leurs ressorts respectifs ; ces arrêts ont le plus souvent pour objet de trancher les difficultés de droit ou de combler des lacunes. Mais durant cette dernière période, la véritable puissance législative est

placée entre les mains du roi ; ce sont les ordonnances royales qui deviennent la source la plus féconde de notre droit civil. Si l'on peut reprocher à nos rois absolus plus d'un abus, il faut cependant leur reconnaître le mérite d'avoir bien souvent compris les aspirations de la nation. C'est ainsi que, dès les premiers temps de cette période, la monarchie ordonne la rédaction des coutumes et conduit à bonne fin cette œuvre immense. Sous Louis XIV, elle nous donne l'unité dans presque toutes les branches du droit. Notre code de procédure et notre code de commerce ont pris comme modèles les ordonnances de Louis XIV sur la procédure civile et sur le commerce. La royauté fit même des tentatives pour introduire l'unité du droit civil, mais elle dut s'arrêter devant les résistances qu'elle rencontra.

Au moment où la révolution éclata, la France était encore divisée en pays de droit écrit et pays de coutumes. Le droit romain formait la base du droit civil dans les pays de droit écrit, situés au sud de la Loire ; il obtenait aussi force de loi subsidiaire au nord de la Loire, toutes les fois que les coutumes étaient muettes (1).

On voit que, dans notre ancienne France, le droit romain et les coutumes d'origine barbare, étaient juxtaposés et non pas fusionnés. Cette fusion ne pouvait résulter que d'un code établissant une seule loi civile pour toute la France. Cette loi, l'Assemblée Constituante n'eut pas le temps de la produire ; elle s'était, avant tout, chargée

(1) Les provinces de droit écrit étaient : la Saintonge, la Guienne et la Gascogne, le Languedoc, le Lyonnais, la Bresse, le Dauphiné, la Provence et quelques enclaves dans l'Auvergne. Quoique situés au sud de la Loire, le Poitou, l'Aunis, l'Angoumois, la Touraine, la Haute Marche, le Bourbonnais et l'Auvergne formaient des pays de coutume.

de la réorganisation politique et sociale du pays, léguant à ceux qui devaient la suivre, le soin de doter la France d'une loi civile uniforme. L'Assemblée Législative et la Convention, absorbées par les luttes politiques et par les troubles de l'époque, ne purent pas non plus mener cette œuvre à bonne fin. Elles ne votèrent que quelques lois sur certaines parties du droit civil, sur celles qui touchent directement à l'organisation sociale, état civil, mariage, divorce, propriété, succession, testament.

Sous le Consulat, on put enfin réaliser le vœu souvent formé, même dans notre ancien droit, d'une législation civile unique pour toute la France, reposant sur le principe de la sécularisation du droit et de l'égalité de tous devant la loi.

Notre code civil est une œuvre de fusion ; il se compose d'éléments germaniques et de droit romain. D'importants emprunts ont été, sans doute, faits à quelques ordonnances royales, notamment à l'ordonnance de Moulins de 1566 sur la prohibition de la preuve testimoniale ; à l'ordonnance de 1731 sur les donations ; à celle de 1737 sur le faux ; à celle de 1747 sur les substitutions ; à l'édit de 1771 sur les hypothèques. Nous avons déjà dit que quelques parties ont été empruntées au droit canonique. Mais les deux principales sources de notre code civil sont, avant tout, les coutumes d'origine germanique et le droit romain. Ceux qui ont cru, pendant quelque temps, que le code civil avait fait table rase de l'ancien droit et édifié une nouvelle organisation civile, ont donc commis une grossière erreur. La féodalité seule a disparu avec toutes ses conséquences ; mais ce qui constituait notre ancienne société civile, basée sur les coutumes ou sur le droit romain, revit

dans notre code. M. Valette a clairement démontré cette persistance de l'ancien droit dans une remarquable communication qu'il a faite à l'Institut. Seulement le droit romain et le droit coutumier, autrefois séparés, ont été fusionnés pour former une législation unique. Notre code civil a surtout emprunté au droit romain la matière des obligations, les successions *ab intestat*, la prescription des immeubles, le régime dotal, les principes de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation, quelques règles des servitudes. On doit considérer, comme étant d'origine germanique, les dispositions relatives aux statuts réels ou personnels (1) ; l'exclusion partielle des étrangers des droits civils et, en particulier, des droits de succession (2) ; le principe ne dote, qui ne veut (3) ; la loi qui, dans le doute, et en règle générale, considère la dot comme avancement d'hoirie ; la puissance maritale (4) ; le principe que les conventions matrimoniales doivent précéder le mariage et sont ensuite irrévocables (5) ; la puissance paternelle (puissance paternelle ne vaut) et les droits de la mère ; l'émancipation par mariage ; l'exclusion des enfants naturels de la famille (6) ; la saisine héréditaire (le mort saisit le vif) qui a également passé en Italie sans

(1) Art. 3, c. civ. Cpr. *Miroir de Saxe,* I, 30.

(2) Art. 11, 726, 912, 980, c. civ. Le droit allemand connu sous le nom de *jus albinagii* s'appelait autrefois chez nous droit d'aubaine.

(2) Art. 204. c. civ. Cpr. *Miroir de Saxe,* I, 52.

(4) Art. 213, c. civ. Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari. — *Miroir de Souabe,* c. 9 : der Mann ist seines Weibes Vogt und Meister. — Art. 215 : La femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari. *Miroir de Saxe,* I, 46 : Megede unde Wif muten aver Wormonden hebbe an jewelker Klage.

(5) Art. 1394 à 1397. Cpr. *Miroir de Saxe,* I, 31.

(6) Art. 335. Cpr. *Miroir de Souabe,* c. 41, 377, I ; *Miroir de Saxe,* I, 38, 51, § 1.

changer de nom (*sassina*); le principe que le testament ne peut pas faire d'héritier; la réserve qui remplace la légitime romaine; l'institution des exécuteurs testamentaires; la communauté entre époux; l'institution contractuelle; la distinction des actions en mobilières ou immobilières, complètement inconnue des romains; le principe que la possession vaut propriété pour les meubles. Sans doute toutes ces institutions n'ont pas encore reçu leur développement dans le droit germanique; le plus souvent ce sont, à proprement parler, leurs germes qui s'y trouvent; ces germes se sont ensuite développés par l'effet des coutumes. L'identité d'origine de ces institutions civiles, communes à la France et à l'Allemagne, ne saurait être contestée sous prétexte que les rédacteurs de notre code n'ont pas songé à consulter les travaux entrepris sur l'ancien droit germanique lorsqu'ils ont rédigé notre droit. On sait, qu'en effet, Pothier a été leur guide ordinaire; ils ont eu la sagesse de reprendre le droit civil au point où l'avait laissé notre ancienne France au moment de la Révolution. Mais de même que dans la linguistique, on conclut de la présence de mots ou tout au moins de radicaux semblables dans deux langues différentes à la communauté d'origine de ces langues, de même dans l'histoire du droit, il est permis d'affirmer la communauté d'origine d'institutions, lorsque celles-ci se présentent sous le même type chez deux peuples ayant autrefois appartenu à la même souche. D'ailleurs, ces institutions, quoique de même origine, se sont développées en prenant, sous bien des rapports, des caractères nouveaux et propres au génie de chaque nation. L'identité d'origine entre plusieurs langues n'empêche jamais chacune d'elles de revêtir une forme qui lui

soit propre ; il en est de même des institutions civiles. Sorties de la même source que certaines institutions consacrées par le droit allemand actuel, elles se sont pourtant développées chez nous d'après notre génie national et sous sa puissante influence.

C'est ce mélange d'éléments romains et germaniques qui fait la supériorité de notre code sur les lois civiles antérieures. Nous verrons bientôt, avec quelle sagesse et quel sens pratique, on a su prendre au droit romain et au droit germanique les principes de notre société moderne ; au droit germanique, l'organisation de la famille ; au droit romain, le régime de la propriété. Aussi notre code a exercé une influence considérable à l'étranger.

Le code civil a été introduit, sous le premier empire, dans tous les pays annexés à la France et dans quelques-uns de ceux qui avaient été placés sous son protectorat. Il entra en vigueur dans les pays de la rive gauche du Rhin réunis à la France par la paix de Lunéville ; en Italie, en 1806 ; dans le royaume de Wesphalie (1807, 1808, 1810) ; dans la ville libre de Dantzig et dans la principauté d'Aremberg (1808) ; dans le grand duché de Varsovie (1807, 1808, 1810) ; en Hollande (1) (1809, 1811) ; dans le grand duché de Berg (1809, 1811) ; à Francfort et dans les départements anséatiques (1810) ; dans le duché d'Anhalt Cœthen (1810) ; dans celui de Nassau (1811) ; dans le royaume d'Illyrie ; dans certains cantons de la Suisse ; dans le grand duché de Baden où il devint Landrecht et pour lequel il fut fait une traduction officielle en allemand. A cette époque, on croyait sérieusement en Allemagne que notre code civil allait y former un droit commun et ce résultat aurait été pro-

(1) Cpr. Verduehne, *Observations sur le code civil néerlandais comparé avec le code Napoléon*, 1863.

bablement obtenu, si les événements de 1814 et de 1815 n'avaient pas anéanti l'œuvre éphémère de Napoléon. Mais ce qui prouve le mérite de notre code civil, c'est qu'il est resté en vigueur dans certains pays, même après leur séparation de la France ; d'autres l'ont repoussé en haine de la domination française, mais ils n'ont pas tardé à y revenir ou tout au moins à comprendre la nécessité de rédiger des codes sur le modèle du nôtre. Ainsi notre code civil est resté en vigueur dans les provinces rhénanes, dans les parties du grand duché de Berg situées sur la rive droite du Rhin, dans le grand duché de Baden, dans le Luxembourg, dans le canton de Genève, dans la partie française du canton de Berne (Jura bernois), dans la Pologne russe, enfin en Belgique. Ce dernier pays, réuni à la France en 1795, fut annexé à la Hollande en 1814, mais il s'est ensuite érigé en royaume neutre et indépendant. A aucune époque la Belgique n'a cessé d'être régie par les lois françaises. Toutefois, un certain nombre de lois ont modifié quelques parties de notre code civil ; la plus importante est celle du 15 décembre 1851 sur le régime hypothécaire.

La Hollande et l'Italie possèdent des codes faits à l'image du nôtre, seulement les Hollandais ont supprimé la plupart des dispositions de notre loi d'origine romaine pour rester fidèles à des traditions germaniques, comme les Italiens ont eu le soin d'écarter de leur code presque tout ce qui vient chez nous du droit germanique, pour le remplacer par des lois conformes, tout au moins dans leur esprit, au droit romain.

Le législateur roumain a été plus loin : il s'est contenté de copier servilement, parfois même d'une façon maladroite, notre code civil.

D'autres pays possèdent encore des codes à peu près semblables au nôtre : Haïti (1828), les îles Ioniennes (1841), la Louisiane (1824), certains cantons suisses (Vaud, Tessin, Fribourg, Valais, Neuchâtel) (1).

(1) On peut ajouter le code de l'ancien duché de Parme, aujourd'hui abrogé par le code civil italien.

B. Allemagne (1).

La France et l'Allemagne présentent de nombreuses analogies au point de vue du droit civil; les sources de ce droit y sont à peu près les mêmes; l'Eglise et le droit canonique y ont joué un rôle à peu près semblable au moyen âge; le droit romain et le droit germanique se sont rencontrés dans ces deux pays et y ont exercé une influence prépondérante, mais leur fusion s'est opérée par des procédés différents.

Les sources du droit civil allemand sont fort nombreuses : les lois barbares, la pratique des tribunaux, les décisions des souverains (rois d'abord, empereurs ensuite), le droit romain, le droit canonique, les coutumes locales, dans certains pays des codes de lois, le Miroir de Saxe et le Miroir de Souabe.

Nous avons vu que le droit romain s'est toujours maintenu en Italie et même en France, malgré les bouleversements politiques et les invasions. Les mêmes

(1) Bibliographie, Zœpfl, *Deutsche Rechtsgeschichte* (on trouvera dans cet ouvrage l'indication des traités antérieurement composés). — Schulte, *Lehrbuch des deutschen Rechts und Rechtsgeschichte.* — Modderman, *Die Reception des rœmischen Rechts.* — On pourra aussi consulter les nombreux manuels composés sur le droit privé allemand, notamment ceux de Bluntschli, Mittermayer, Hillebrand, Dernburg, Gerber, Stobbe, Beseler, etc. — *Le développement du droit en Allemagne et la codification* (en allemand) par Sohm dans la *Zeitschrift fur privat und œffentliche Recht der Gegenwart*, année 1874. — Franklin, *Geschichte und System des deutschen Privatrechts.* — Dahn, *Deutsches Privatrecht.* — Gerber, *System des deutschen Privatrechts.* — Dernburg, *Lehrbuch des preussischen Privatrechts.* — Stobbe *Handbuch des deutschen Privatrechts.*

événements qui l'ont un instant ébranlé en Occident, l'introduiront bientôt et insensiblement en Allemagne.

Les lois des barbares de l'Allemagne, loi salique, loi ripuaire, loi des Alamans, loi des Bavarois, loi des Frisons, loi des Saxons, loi des Thuringes, ne sont composées que d'éléments germaniques. Savigny n'a signalé des traces du droit romain que dans les lois des Ripuaires, des Alamans et des Bavarois ; encore ces traces sont-elles peu accusées, souvent équivoques, sauf sur les points qui intéressent l'Eglise. Dans les capitulaires, au contraire, on relève des emprunts nombreux et remarquables faits au droit romain. Mais un grand événement allait tout à coup introduire en bloc tout le droit romain de Justinien dans l'empire d'Allemagne.

Nous avons vu que le droit romain, resté d'abord en Italie le droit des vaincus, devint, à partir du neuvième siècle, le droit commun de tous les habitants ; il s'appliqua même, comme législation subsidiaire, dans les parties de la péninsule où l'on observait le droit lombard. A cette même époque, l'école des glossateurs qui faisait revivre la science du droit, répandait la doctrine suivant la quelle le droit romain constitue un *jus cesarœum* , c'est-à-dire un ensemble de lois émanant de la puissance impériale. C'est comme tel que le droit romain devint la loi commune de l'Italie et finit par supplanter le droit lombard. Peu après, on mit en avant la doctrine qui faisait des empereurs d'Allemagne les continuateurs de l'empire romain ; leurs Etats prirent le nom de *Romanum Imperium.* N'était-il pas naturel d'appliquer le droit romain dans le Saint-Empire romain? Aussi les empereurs envoyèrent le texte de leurs constitutions à l'école de Bologne pour qu'il fût inséré à la suite du *Corpus juris civilis* et enseigné publiquement. D'ail-

leurs, au point de vue politique, les doctrines du droit romain sur la puissance impériale, convenaient beaucoup aux empereurs d'Allemagne, soit pour asseoir leur autorité à l'intérieur, soit pour triompher dans leur lutte contre la papauté. Les empereurs attirèrent à leur cour des jurisconsultes de l'école de Bologne et les firent siéger dans les conseils de l'empire. Ils envoyaient en Italie des étudiants allemands se familiariser avec le droit romain, et ceux-ci revenaient pleins d'enthousiasme pour la science à laquelle ils avaient été initiés. Les empereurs comptaient tirer de l'introduction du droit romain l'unité de l'empire; mais leur pouvoir était trop faible pour que ce secours fût suffisant, et l'histoire nous apprend qu'en Allemagne la monarchie absolue s'établit au profit des grands vassaux territoriaux. L'Eglise, de son côté, se montrait favorable à ce mouvement qui portait l'Allemagne vers une législation étrangère; elle avait même déjà appliqué, à défaut du droit canonique, les dispositions du droit romain, avant le pouvoir séculier, dans les contestations portées devant ses tribunaux. Le Miroir de Souabe fit de nombreux emprunts au droit romain (1). Mais l'influence du droit romain ne se faisait encore sentir que dans le sud de l'Allemagne. Aussi le Miroir de Saxe y resta beaucoup plus étranger que celui de Souabe (2).

C'est surtout à partir du quatorzième siècle que l'influence du droit romain se généralise et devient dominante en Allemagne. Il n'est toutefois pas sûr que le droit romain ait été considéré comme loi de l'empire

(1) Le prologue de ce recueil indique parmi les sources auxquelles il a emprunté « *das Reht von romisechr Phahte* » (Pacht). On trouvera dans *Zœpfl* § 27, note 13, l'énumération des chapitres du *Miroir de Souabe* où il existe des traces du droit romain.

(2) Les *Miroirs de Saxe et de Souabe* sont du treizième siècle.

avant le milieu du quinzième siècle, car si déjà avant cette époque, on parle d'un *jus scriptum*, comme en Italie, rien ne prouve que ce droit écrit ait été nécessairement le droit romain. En Italie, ces expressions ne pouvaient s'appliquer qu'au droit romain, mais en Allemagne elles convenaient aussi bien aux Miroirs de Saxe et de Souabe. Ce qui est certain, c'est qu'au quinzième siècle, le droit romain avait pénétré dans la pratique des tribunaux. C'était la conséquence des efforts réunis des empereurs, de l'Eglise et des jurisconsultes. A la même époque, furent créées des universités où l'on enseigna le droit romain comme loi de l'empire. Cependant on fut d'accord pour admettre que cette législation étrangère ne serait, en Allemagne, vis-à-vis du droit germanique, comme en Italie à l'égard du droit lombard, qu'un droit subsidiaire. L'impossibilité de donner à cette époque une forme scientifique au droit allemand, le défaut d'unité de ce droit, les difficultés insurmontables qu'on aurait rencontrées si l'on avait voulu doter l'Allemagne d'une seule et même loi civile, expliquent le succès des efforts communs du pouvoir politique, de l'Eglise et des universités. L'Allemagne a donné au moyen âge l'exemple, unique dans l'histoire, d'un peuple qui, reconnaissant son impuissance, accepte de l'étranger une législation d'un autre âge pour s'y soumettre volontairement. Cette soumission ne se fit cependant pas sans résistance, et c'est même dans cette résistance que se place le point de départ des attaques dont le droit romain fut successivement l'objet dans la suite.

Accepté avec enthousiasme par les hommes d'Etat et par les savants, le droit romain obtint moins de succès auprès de la masse de la nation. Le peuple, habitué à

des lois simples et conformes à ses mœurs, à une procédure facile et orale, se plaignit de l'introduction d'une loi qui se prêtait à d'interminables controverses, qui amenait l'emploi devant la justice de la langue latine à laquelle le vulgaire ne comprenait rien, et la suppression des débats oraux. Les bourgeois et le bas peuple se virent à la discrétion des hommes de loi. Le droit romain souleva des plaintes ; quelques-uns le tournèrent en ridicule et le mirent en musique. Cette opposition trouva bientôt des armes dans l'enseignement même des universités. Celles-ci empruntaient leurs doctrines aux écoles de l'Italie, de l'Espagne, de la France ; les Allemands reconnaissent, sans difficulté, aujourd'hui encore, que Cujas a exercé une immense influence parmi eux. Mais à mesure que l'enseignement du droit romain se développait et se perfectionnait, on arrivait à se convaincre, dans les universités, que le droit romain, malgré sa supériorité et sa forme scientifique, avait, lui aussi, quelques défauts. On se mit à étudier le droit romain avec un esprit critique, comme l'avaient fait les Français, mais en s'attachant à une méthode différente. C'est ainsi que l'Allemagne a eu son école critique et historique, si célèbre jusque dans ces derniers temps.

A partir du dix-huitième siècle, les juristes commencèrent à s'occuper du droit privé allemand ; ce droit fut enseigné dans les universités ainsi que les autres branches du droit germanique et le droit romain perdit son monopole scientifique. Ces études, comme celles de la philosophie et de l'histoire, contribuèrent singulièrement à diminuer le crédit du droit romain. On lui reprocha d'avoir été fait pour un autre âge et un autre peuple, d'avoir étouffé ou tout au moins abaissé le droit national pendant plusieurs siècles, de se prêter aux com-

plications et à l'esprit de chicane. On demandait plus de simplicité et d'unité dans la loi civile. Ce besoin d'unité, si fortement senti en France, était toutefois beaucoup moins impérieux en Allemagne; ce que l'on voulait avant tout, c'était une législation moins compliquée.

C'est dans ce but qu'un grand nombre de statuts locaux furent rédigés par écrit; la plupart portaient sur le droit civil, quelques-uns aussi sur le droit criminel. On composa de véritables codes de lois communes à certaines contrées (*landrecht*). La Bavière eut son code au milieu du dix-huitième siècle (1756 : *codex Maximilianeus Bavaricus*). Le Code prussien de 1794 doit aussi être considéré comme une tentative d'unité et un acte de rébellion contre le droit romain. Nous verrons bientôt que l'œuvre de codification, arrêtée par les événements du premier empire et par l'introduction de notre code civil dans certaines parties de l'Allemagne, a repris, de nos jours, toute sa vigueur et que, sous peu, en Allemagne comme en France, le droit romain ne formera plus qu'une législation morte dans l'application, quoique toujours immortelle par son esprit de sagesse et d'équité.

Le droit national a, lui aussi, comme le droit romain, subi des vicissitudes, mais en sens contraire. Arrêté pendant un certain temps dans son développement par la prédominance du droit romain, il a ensuite pris son essor, et le temps n'est pas loin où, dans un code civil, cet élément national, sans exclure complètement le droit romain, l'emportera cependant sur lui.

Nous savons que la Germanie a étendu le domaine de ses lois après la chute de l'empire d'Occident. En Allemagne comme en France, ce furent d'abord les lois barbares que l'on observa, et ces lois ne se trouvèrent

même pas en contact avec le droit romain, car la plus grande partie des territoires de ce pays n'avaient jamais été compris dans l'empire romain. En Allemagne comme en France, les coutumes locales succédèrent aux lois barbares, le régime de la personnalité des lois fut remplacé par un droit territorial. Le droit coutumier n'a pas toutefois supprimé brusquement les lois barbares avec leur principe de personnalité. Les lois des Bavarois et celles des Saxons notamment ne disparurent que peu à peu; elles étaient encore plus ou moins observées au douzième siècle.

Les premières coutumes ne furent pas constatées par écrit; en cas de difficulté, elles se prouvaient par des enquêtes semblables à nos enquêtes par turbes (*Weisthum*) ou par l'avis de la cour d'échevin (*Schœffenstuhl*, *Oberhof*). Dès que le droit coutumier eut pris un certain développement, on rédigea, comme chez nous, deux grands coutumiers; ce furent le Miroir de Saxe et le Miroir de Souabe.

Le Miroir de Saxe forme le monument le plus considérable du droit germanique; il fut écrit en latin par le juge Eike de Reptow, de 1231 à 1235, et ensuite traduit en allemand. Ce recueil de lois répondait si bien aux besoins de l'époque, qu'il se répandit rapidement dans l'Allemagne du Nord et dans les pays voisins; plusieurs de ses dispositions, trop libérales, attirèrent l'attention du clergé qui le trouvait contraire aux prescriptions du droit canonique et elles furent condamnées par une bulle du pape Grégoire IX.

Le succès du Miroir de Saxe suscita l'idée de réunir ses dispositions d'une application générale à d'autres sources également en usage et qui n'y avaient pas trouvé place; un second recueil fut composé de 1276 à 1281. Ce

recueil qui s'intitule lui-même *Livre des cours laïques*, est désigné, dans les anciens manuscrits, sous plusieurs titres : *Livre du droit coutumier et féodal, Droit impérial, Miroir du droit impérial, Miroir du droit territorial (Spiegel des kaiserliches und gemeinen Landrechts)*. Dans la suite, on l'a appelé du nom de *Miroir de Souabe*. Ce second recueil contient le texte du Miroir de Saxe, mais considérablement modifié et auquel on a ajouté les dispositions empruntées aux collections de Justinien, au Brachylogus, aux Décrétales, aux lois de l'empire antérieures à Rodolphe Ier, au droit municipal des villes de Fribourg et d'Augsbourg, enfin même à l'Ecriture Sainte. Dans une annexe ajoutée à ce recueil, on retrouve des dispositions tirées du Bréviaire d'Alaric et du livre d'Angésise et même des anciennes lois barbares des Allemands et des Bavarois, ce qui semble confirmer l'opinion suivant laquelle le recueil aurait été rédigé en Bavière.

Ces deux grandes œuvres ont suggéré d'autres travaux du même genre, mais moins importants et plus spéciaux. Telles sont les compilations suivantes : *Das kleine Kaiserrecht*, recueil du treizième siècle qui résume les coutumes de Franconie ; *la Fleur du Miroir de Saxe ; le Droit noble (Ritterrecht)* de Riga ; *le livre de justice* d'Eisenach ; la Coutume de Silésie, etc., etc.

C'est surtout dans les villes que le droit coutumier se développa rapidement ; de bonne heure, la plupart des coutumes ou statuts municipaux furent constatés par écrit. Leur rédaction produisit parfois un résultat curieux : on vit certaines villes adopter, purement et simplement, comme lois municipales les coutumes écrites d'autres villes, non-seulement pour le droit civil, mais encore en matière de procédure, de droit pénal

et d'organisation intérieure. On appelait alors *Mutterrecht*, loi mère, la coutume d'une ville qui avait été adoptée par d'autres. Les plus remarquables de ces coutumes mères sont celle de Cologne, adoptée par 72 villes; celle de Fribourg en Brisgau, de Strasbourg, de Zutphen, dans le pays de Gueldre, de Lubeck de Magdebourg, celle de Culm qui, par suite de la conquête faite par l'ordre des chevaliers teutoniques, est devenue la loi commune de toute la Prusse orientale où cet ordre avait établi sa domination.

Tel est l'ensemble des éléments qui ont constitué le droit national de l'Allemagne au moyen âge. Ce développement du droit germanique fut interrompu par l'introduction du droit romain ; mais après une période de décadence et d'abaissement, le droit national a repris son essor sous l'influence des jurisconsultes et des hommes politiques. Nous avons vu comment s'est opéré ce revirement. Les jurisconsultes ont créé le droit commun allemand ; les hommes politiques ont travaillé à la codification.

Le droit commun allemand est entièrement l'œuvre des savants ; il est composé de règles empruntées aux anciennes coutumes germaniques, aux compilations telles que le *Sachsenspiegel*, le *Swabenspiegel*, et le *Kaiserrecht*, aux statuts des villes, au droit canon, au droit romain, aux lois générales de l'empire, enfin aux lois particulières rendues dans chaque Etat. C'est en puisant à ces sources nombreuses, et même en consultant la législation primitive des nations qui ont une origine commune avec la race germanique, que les savants ont composé le droit commun allemand, dû entièrement à

leurs patientes recherches (1). Le droit commun allemand s'est formé dans les universités. Aussi jusque dans ces derniers temps, les tribunaux jugeant en dernier ressort, étaient, dans certains cas, obligés de consulter les facultés de droit constituées en colléges de prudents (*Spruchcollegien*). Le droit commun allemand préfère, en général, les institutions d'origine germanique. C'est ainsi qu'il leur emprunte la cessation de la puissance paternelle par le mariage ou par un établissement séparé, le régime de communauté, la tutelle des femmes, les retraits, tout le droit commercial, le simple pacte au lieu de la stipulation des Romains. Cependant il s'approprie aussi quelques règles du droit romain, par exemple, la tradition qui remplace la saisine germanique; il consacre le régime dotal, d'ailleurs peu usité en Allemagne; mais, le plus souvent, le droit commun, au lieu de modifier les coutumes germaniques, ne fait que combler leurs lacunes. C'est cette application directe des anciennes coutumes et même parfois du droit romain qui a donné, en Allemagne, une si vive impulsion aux travaux de l'école historique.

Il s'est engagé une véritable lutte entre cette école et les partisans de la codification, surtout à la suite des guerres du premier empire et en haine des importations françaises. Aujourd'hui la querelle est terminée; l'école historique a rendu par ses études d'immenses services à la science, mais le système de la codification a définitivement triomphé. Il ne faudrait pas croire pourtant que, dans les parties de l'Allemagne régies par

(1) Les principaux jurisconsultes qui se sont occupés de cette restauration sont : Mittermayer, Eichhorn, Muhlenbruch, Bœhmer, Gluck, Bluntschli.

des codes, le droit commun allemand n'ait jamais offert ou ne présente plus d'intérêt pratique. Dans ces pays, le droit commun allemand sert à interpréter les codes et à régler les points qui n'y ont pas été traités. Il est applicable directement dans les Etats qui n'ont pas de codes, mais seulement à défaut 1° de statut local, 2° de lois du pays, 3° d'anciennes lois générales de l'empire. On l'applique conjointement avec le droit commun pour les institutions d'origine romaine et seul dans les autres cas.

Le plus important des Etats qui constituent actuellement l'empire d'Allemagne, la Prusse, possède, depuis la fin du siècle dernier, un code général dans lequel se trouve compris le droit civil. Frédéric II voulant opérer la réforme du droit civil dans ses États, chargea son grand chancelier Cocceij de préparer un projet; mais ce savant mourut en 1755 et la guerre de sept ans empêcha la reprise de son travail jusqu'en 1780. A cette époque, le roi chargea une commission de jurisconsultes de composer un code comprenant tout ce qui était resté en vigueur du droit de Justinien, ainsi que le résumé des lois prussiennes et des coutumes provinciales. En 1786, après la mort de Frédéric II, le projet fut prêt et soumis à l'examen des savants de l'Europe et des cours du royaume. Enfin, le code général de Prusse (*preussiches Landrecht*) comprenant le droit civil, le droit criminel, le droit commercial, une partie du droit administratif, du droit ecclésiastique, des dispositions empruntées au droit féodal, fut promulgué dans le royaume par lettres patentes du 5 février 1794 sous Frédéric-Guillaume II. Le *Landrecht* a été successivement introduit dans presque toutes les parties de

la monarchie prussienne (1). Il en a été donné plusieurs éditions ; chacune d'elles contient, sous le nom de *Anhang*, les dispositions mises en vigueur depuis celle qui l'a précédée. Le *Landrecht* ne vaut que comme droit subsidiaire dans les parties de la monarchie où il est en vigueur ; il laisse subsister les statuts provinciaux et locaux. Cette œuvre législative, mal divisée, prolixte en la forme, écrite d'après les doctrines philosophiques du dix-huitième siècle, est loin, comme on le voit, d'avoir établi en Prusse l'unité de législation civile.

La Bavière a possédé son code avant la Prusse, dès 1756. Mais ce code, connu sous le nom de *codex Maximilianeus Bavaricus,* a subi beaucoup de changements et il est loin de s'appliquer dans tout le royaume qui compte plus de vingt législations différentes.

Le royaume de Wurtemberg (ancien duché de Souabe, puis comté de Wurtemberg), possède un droit spécial fort ancien. Le *Landrecht* de ce pays a reçu un grand nombre d'éditions ; cinq se sont succédé, de 1495 à 1552. A la suite de la réforme religieuse, des ordonnances modifièrent les dispositions relatives au mariage. De nouvelles éditions du *Landrecht* parurent en 1555, en 1567, en 1610. Chacune de ces éditions amenait de notables améliorations. C'est encore la rédaction de 1610 qui est aujourd'hui en vigueur sous le nom de : *des Herzogthums in Wurtemberg erneuert gemein*

(1) Dans les principautés d'Eichesfeld, dans les villes de Mulhausen, Nordhausen, Erfurth (édit du 26 mars 1803) ; dans les principautés de Paderborn, de Munster, dans les abbayes d'Essen, de Werden, d'Elten (édit du 5 avril 1803) ; dans les provinces réincorporées à la Prusse et qui en avaient été détachées par Napoléon Ier (Rescrit du 9 septembre 1813) ; dans le grand duché de Posen (édit du 9 septembre 1816).

Landrecht (1), mais un certain nombre de ses articles ont été remplacés par des lois plus récentes.

La Saxe est, parmi les Etats secondaires de l'Allemagne, le premier qui ait compris la nécessité de rédiger, pour notre époque, un nouveau code civil. Ce code est entré en vigueur à partir du 1er mars 1865 (2).

Nous avons déjà dit que notre code civil a été introduit dans le grand duché de Bade en 1809; mais il a subi au moment même où il en a été fait une traduction officielle en allemand pour ce pays, plusieurs modifications et additions. Ainsi, on a assimilé au cas où le mari entretient la concubine au domicile conjugal, celui où il la loge auprès de ce domicile; il a été reconnu au profit de l'époux survivant droit à un quart d'usufruit sur les biens provenant des ascendants de l'époux décédé ; la transcription a été imposée (3).

L'empire d'Allemagne est encore loin d'avoir réalisé l'unité du droit civil, mais on s'efforce d'établir, en ce

(1) Ce code wurtembourgeois se divise en quatre parties : procédure, contrats, testaments, successions ab intestat.

(2) Le code saxon est divisé en cinq parties. La première renferme des dispositions générales sur le droit civil, les personnes, les choses, les faits, les droits et leur sanction. La seconde partie est consacrée au droit des choses : possession, propriété, gage et hypothèque, servitudes. Les obligations font l'objet de la troisième partie : on y expose les principes généraux et les règles propres à chaque contrat. Dans la quatrième partie, sont compris les droits de famille et la tutelle (le mariage, la puissance paternelle, etc.). La cinquième partie est consacrée aux successions : succession *ab intestat,* testament, acquisition des successions, legs, donation à cause de mort légitime. Cette division est conforme à la méthode scientifique la plus généralement adoptée en Allemagne pour l'explication du droit civil. Il faut reconnaître qu'elle est bien supérieure à celle de notre code où certaines matières sont parfois placées tout à fait au hasard. Il y a dans le code saxon 2620 articles.

(3) D'autres modifications, moins heureuses (le rétablissement d'une sorte de fief, des dîmes, la restitution par une loi du 21 mai 1811 au clergé des actes de l'état civil et la substitution du mariage religieux au mariage civil), ne sont plus aujourd'hui en vigueur.

moment, dans toutes les branches du droit, cette unité de législation si nécessaire pour fortifier les liens qui rapprochent entre eux les différents Etats de l'empire. Déjà plusieurs codes, un code de commerce, un code pénal, un code d'instruction criminelle ont été promulgués, des lois générales ont été votées ; enfin, on travaille activement à la confection d'un code civil applicable dans toute l'étendue de l'empire. Toutefois ce code n'établira probablement pas une unité aussi rigoureuse que celle de notre code civil ; il se bornera à poser des principes généraux et laissera subsister la diversité dans les détails.

L'Autriche (1) ayant fait partie, jusque dans ces derniers temps, de l'Allemagne, il n'est pas étonnant que son droit civil présente une identité parfaite, par son origine et par ses caractères, avec celui qui est en vigueur dans cet empire. Jusqu'au commencement de ce siècle, le droit civil se composait, en Autriche, du droit romain, du droit commun allemand, des décisions impériales. Pour mettre un terme à la confusion et à la variété résultant d'un pareil état de choses, Marie-Thérèse nomma une commission chargée de rédiger un code qui devait s'appliquer dans tous ses Etats. Cette commission avait reçu mission spéciale de ne s'occuper que du droit privé, de concilier autant que possible les différentes coutumes, de ne pas changer les principes de la législation en vigueur. Le travail de la commission, dû en grande partie au conseiller Azzoni, parut en 1767 en huit volumes in-folio. Le but était manqué ; un code civil ne peut être une œuvre de doctrine et prendre des

(1) Voy. sur les sources et les travaux préparatoires du code civil autrichien, un article dans la *Zeitschrift fur privat und œffentliche Recht der Gegenwart,* année 1875.

dimensions aussi considérables. Le conseiller Hart, fut chargé de rédiger un nouveau projet et on lui recommanda surtout de s'abstenir de tout développement doctrinal, de statuer seulement sur les cas les plus fréquents et d'éliminer tous les détails, d'employer une grande clarté dans les termes, de préférer l'équité au droit romain. La première partie du code, ainsi préparée, fut publiée en 1786, sous Joseph II; mais les travaux se trouvèrent ensuite interrompus par les événements politiques. Cependant on put les reprendre au bout de quelque temps et ce furent les conseillers Kees et Martini que l'on chargea de continuer l'œuvre commencée. Enfin, dès que le projet fut complétement prêt, on le mit en vigueur en Gallicie sous Joseph II et on le communiqua aux cours et universités allemandes. Le code, définitivement rédigé, reçut la sanction souveraine le 6 juillet 1810; publié le 1er juillet 1811, il devint obligatoire à partir du 1er janvier 1812, sous le nom de *Code civil général pour toutes les provinces héréditaires allemandes de la monarchie autrichienne*. De 1815 à 1820, ce code fut étendu aux autres provinces de la monarchie, notamment à la Lombardie, à la Vénétie, aux confins militaires; mais il resta étranger à la Hongrie, à la Croatie, à l'Esclavonie et à la Transylvanie. Ces dernières provinces étaient régies par quelques lois civiles écrites et surtout par de nombreuses coutumes (1). Mais le

(1) Les lois civiles, écrites ou coutumières, de la Hongrie sont toutes compilées dans le volumineux *Corpus juris hungarici*. Cette compilation se divise en deux parties : la première, appelée *Opus tripartitum juris consuetudinarii regni Hungariæ* et complétée par quelques ordonnances royales va jusqu'en 1659. Cette partie, publiée pour la première fois en 1514 par Verbocz, acquit, par sa valeur, une telle autorité, qu'on lui reconnut bientôt force de loi, quoi qu'elle fût l'œuvre d'un particulier. La seconde partie n'est qu'un recueil chronologique des lois et ordonnances royales rendues depuis 1659

code civil autrichien a été promulgué dans ces dernières provinces au milieu de notre siècle en Hongrie, en Croatie, en Esclavonie dès le 1er mai 1853; en Transylvanie, le 29 mai de la même année (1).

(Decreta et articuli regum regni Hungariæ). Cpr. sur le droit hongrois: Keleman, *Institutiones juris privati hungarici*. — Jung, *Darstellung des hungarisches Privatrechts*. — On trouvera un aperçu de l'histoire du droit croate par Bidermann, dans la *Revue de droit international*, 1876, p. 215.

(1) Toutefois, dans ces dernières provinces, le décret de promulgation déclara que les dispositions du code relatives à la nullité du mariage, à sa dissolution et à la séparation de corps ne s'appliquerait pas aux catholiques romains, ni aux Grecs qui resteraient soumis aux lois antérieures; mais elles ont été mises en vigueur pour les autres personnes, notamment pour les Israélites.

C. Suisse (1).

Il n'est pas possible de placer la Suisse dans l'un quelconque des groupes précédents. En réalité, elle appartient par ses législations civiles à presque tous ces groupes et résume en elle-même l'ensemble des principales législations de l'Europe occidentale. De même qu'on parle en Suisse trois langues principales, le français, l'allemand et l'italien (2), de même il existe trois branches de législation civile.

Dans certains cantons, on s'est inspiré de notre code civil, dont les dispositions ont été souvent même littéralement copiées ; ce sont les cantons de Vaud, de Fribourg et de Neuchâtel ; à Genève et dans le Jura bernois, on a gardé notre code civil. Vaud et Fribourg se sont plus écartés du code français que Neuchâtel et ont conservé beaucoup de leurs anciennes coutumes.

D'autres cantons, le Tessin et le Valais, voisins de l'Italie, sont restés fidèles aux traditions romaines. Le

(1) Bibliographie. *Die Hauptdifferenzen des franzosisch und deutsch schweizerischen Civilgezetgebung*. Berne, 1873, chez Otto Kaiser. — Brocher, *La transformation que la Suisse subit en ce moment*, dans la *Revue de législation ancienne et moderne*, 1874, p. 546. — Du même, *Bellot et le droit civil français à Genève*, même Revue, 1877, p. 261. — Rivier, *La question de l'unification du droit suisse*, dans la *Revue de droit international*, VI, p. 285. — Serafini, *Studio comparativo delle legislationi civili dei vari cantoni delle Schwezzera* dans l'*Archivio juridico*, XII. — Flammer, *Le droit civil de Genève, ses principes et son histoire*. — Orelli, *Grundniss zu den Vorlesungen über schweizerische Rechtsgeschichte*.

(2) Nous n'ajoutons pas le romanche qui, comme certains patois, est moins usité.

Valais a imité le code français sous la forme dérivée du code sarde ; le Tessin l'a imité sous celle du code de Parme.

D'autres cantons enfin appartiennent à la famille germanique. On peut distinguer, dans cette dernière catégorie, deux groupes différents. Le premier groupe comprend des codes composés entre 1830 et 1848 et qui, tous, sont restés fidèles aux coutumes locales, en les coordonnant et en les appropriant à l'état social actuel ; tels sont les codes de Berne, de Lucerne, d'Argovie et de Soleure. Le second groupe embrasse les diverses législations plus récentes des cantons protestants et industriels de la Suisse orientale qui sont modelées, plus ou moins exactement, suivant les besoins locaux, sur l'œuvre magistrale de M. Bluntschli. Ce savant jurisconsulte a été chargé par le canton de Zurich de lui donner un code civil et il s'est attaché à caractériser son œuvre par une forme populaire afin de la mettre à la portée de tous; pour le fond, il est resté fidèle aux traditions du pays. Ce code a été, de la part de son auteur, l'objet d'un commentaire qui, par sa source même, est revêtu d'une sorte de cachet officiel (1).

Quelques personnes ont parfois exprimé le vœu de voir tous les cantons de la Suisse adopter le code de Zurich, probablement à cause de sa valeur scientifique. Mais on a oublié que ce code a eu le soin de respecter les particularités du droit zurichois antérieur. Ce qui fait son mérite pour le canton de Zurich et peut-être pour le territoire de l'ancien Gau allémanique de la

(1) Le code des Grisons a été également commenté par celui qui l'a préparé et il présente, en outre, cette particularité d'avoir été publié simultanément en trois langues, le romanche, l'allemand et l'italien.

Thur, deviendrait un défaut capital s'il s'agissait d'étendre cette loi à la Suisse tout entière.

Il ne faudrait pas croire par ce qui précède que tous les cantons de la Suisse soient dotés de codes civils. Parmi les dix-neuf cantons et les six demi-cantons, quatorze possèdent des codes civils complets (1).

Le code de Glaris, quoique complet, ne contient pourtant pas la matière des obligations, parce qu'elle a été comprise récemment dans le domaine des lois fédérales.

Plusieurs de ces codes ont subi, depuis l'époque de leur mise en vigueur, d'importantes modifications : ce sont surtout ceux de Berne, du Tessin, du Valais et le code civil français.

Dans trois cantons, Niwalden, Zug et Thurgovie, la codification n'est que commencée ; elle ne comprend encore que le droit des personnes et, de plus, à Nidwalden, les successions. Obwalden, Saint-Galles et Appenzell (Rh.-Int.) ne possèdent que des lois spéciales sur le droit civil.

(1) En voici l'énumération dans l'ordre de leur promulgation et avec l'indication, pour la plupart, des noms de leurs auteurs :

1° Genève, code français, 1804.

2° Vaud, 1819.

3° Berne (M. Schell, 1824-1830). Le Jura Bernois est soumis depuis l'époque où il a été incorporé à la France, au code civil français.

4° Lucerne (M. Casimir Pfiffer), 1831-1839.

5° Fribourg, 1834-1849.

6° Tessin, 1837 ; il a été publié, en 1873, une édition refondue de ce code.

7° Soleure (M. Reinert), 1842-1848.

8° Argovie (M. Keller), 1847-1855.

9° Zurich (M. Bluntschli), 1854-1856.

10° Neuchâtel (M. Piaget), 1854-1855.

11° Valais (M. Cropt), 1835.

12° Appenzell (Rh.-Ex.), 1860.

13° Grisons (M. P. T. de Planta), 1862.

14° Schaffouse (MM. Armmann et Scharer), 1864-1865.

15° Glaris (M. J.-J. Blumer), 1869-1874.

Enfin, certains cantons sont privés de lois civiles écrites et en sont réduits à d'anciens coutumiers. Tels sont Uri et Schwitz, qui ont conservé leurs vieux Landbuch; Bâle campagne, qui est régi par une *Landsordung fur den Kanton Basel* de 1813, et Bâle ville qui, en attendant la promulgation d'un nouveau code civil, déjà préparé, est encore soumis à ses *Statute und Gerichtsordung* de l'année 1719, successivement amendés et complétés par de nombreuses lois spéciales. Le canton d'Appenzell (Rh.-Int.) n'a même pas d'ancien coutumier rédigé par écrit; il n'y existe qu'une loi successorale de 1865.

Tous ces cantons qui possèdent peu ou pas de lois écrites (sauf Bâle) appartiennent, en général, à la religion catholique; leurs habitants vivent de l'élevage du bétail et sont très attachés à leurs vieilles traditions.

Il ne faut pas s'exagérer l'importance des divisions de groupes dans lesquels nous avons compris les cantons de la Suisse; les différences qui les séparent sont moins tranchées qu'on ne pourrait le croire au premier abord. Parfois on rencontre dans les cantons français des institutions germaniques qui n'existent pas chez nous; réciproquement, l'esprit du droit romain a passé sur certains points dans quelques cantons allemands. Ainsi, dans la discussion aujourd'hui abandonnée du code civil bernois, les commissaires d'origine allemande voulaient emprunter au droit romain l'obligation imposée au père de doter sa fille. En sens inverse, le droit vaudois s'écarte, sur beaucoup de points, du droit français, pour se rapprocher de celui des cantons allemands. L'Etat exerce la haute autorité tutélaire; les enfants nés sous la foi de la promesse du mariage peuvent

être légitimes; l'épouse, après le décès de son mari, n'est pas de plein droit tutrice de ses enfants; le survivant des père et mère ne peut pas leur désigner un tuteur; l'émancipé est assimilé au majeur; l'adoption n'est pas connue; certaines donations doivent être autorisées par les magistrats, comme le contrat de « *Leibgeding* » dans les cantons allemands; l'épouse a des droits héréditaires; les héritiers sont tenus solidairement des dettes de la succession; le partage par lignes cesse au-delà du sixième degré; le rapport n'est dû que par les descendants, etc., etc.; jusque dans ces derniers temps il existait une curatelle perpétuelle du sexe. Le code du Valais et celui de Fribourg se rapprochent aussi, sur bien des points, du droit germanique. Par l'effet de ces sortes d'interversions, les législations suisses d'origine française et celles qui tiennent au droit allemand se pénètrent réciproquement (1).

(1) Il ne peut être question, dans ce travail, des lois civiles de l'Amérique. Nous avons déjà vu qu'il existe au Canada un code civil composé d'éléments français et anglais. Aux États-Unis le droit civil est, avant tout, anglais; les émigrés de la Grande-Bretagne y ont naturellement transporté les lois de la mère patrie. Mais il n'existe pas de droit civil général s'appliquant à la grande confédération américaine; chaque Etat est régi par ses lois civiles propres et trop souvent le droit civil varie d'un Etat à un autre. La physionomie générale de ces lois n'en est pas moins partout anglaise, sauf dans la Louisiane où un code civil, œuvre mal rédigée et trop prolixe, contient un grand nombre de dispositions empruntées à la coutume de Paris et au droit espagnol.

Dans les pays de l'Amérique du centre et du sud, la législation a gardé son caractère d'origine: elle est espagnole, même dans la plupart des pays qui se sont donné des codes. La Bolivie toutefois s'est affranchie, dès 1843, de la législation espagnole par l'adoption d'un code civil qui se rapproche sensiblement du nôtre. La confédération argentine a mis en vigueur son code civil le 1er janvier 1871. La province de Mexico possède aussi un code civil de date récente, du 1er mars 1871. Ce code a été adopté par une dizaine d'autres provinces du Mexique; celles qui n'en ont pas voulu ont conservé soit leur code propre, comme l'Etat de Puebla, soit l'ancienne législation

V. — CONCLUSION

TENDANCE DU DROIT CIVIL MODERNE

Nous avons vu combien, dans toutes les parties de l'Europe, chaque nation, même la France, est restée fidèle, pour le droit civil, à l'esprit de tradition. Toutefois, malgré la diversité de leurs caractères et de leurs origines, la plupart des lois civiles de l'Europe obéissent sur deux points qui tiennent à l'organisation sociale, la base de la famille et celle de la propriété, à une tendance commune et générale qu'il est nécessaire d'indiquer pour terminer cet aperçu.

Dans la famille, l'organisation romaine, fondée sur la puissance paternelle, est partout abandonnée, même par les pays de race latine qui préfèrent le système moins rigoureux des lois germaniques. Au contraire, dans l'organisation de la propriété, on renonce partout au système de la propriété collective des Germains et des Slaves comme à celui de la propriété divisée

espagnole. La république de Guatémala s'est aussi donné, en 1878, un code civil divisé en 2444 articles.

Le droit civil n'est pas codifié au Brésil; il se compose de toutes les lois, règlements, ordonnances, décrets promulgués par les rois de Portugal jusqu'au 25 avril 1821 et modifiés ou complétés par des lois plus récentes.

de la féodalité, pour revenir purement et simplement à la propriété individuelle, une et absolue du droit romain.

La famille romaine des Douze Tables est une institution politique, comme la cité. Le *paterfamilias*, magistrat et chef suprême, absorbe tout en sa personne : les enfants nés de justes noces ou obtenus par adoption et les descendants de ces enfants, restent tous sous sa puissance jusqu'à sa mort, à moins qu'il ne consente à leur accorder le bénéfice de l'émancipation qui les fait alors sortir de la famille. Cette puissance est exercée au profit du *paterfamilias*, et non dans l'intérêt de ceux qui s'y trouvent soumis ; les enfants n'ont pas d'individualité, leur personne se confond dans celle du *paterfamilias*, même s'ils ont atteint un âge avancé et s'ils occupent les plus hautes magistratures de la République. Il n'y a qu'un patrimoine, celui du *paterfamilias ;* tout ce que les fils acquièrent tombe dans ce patrimoine. La *manus* est une puissance qui produit des effets à peu près semblables au profit du mari sur sa femme ; seulement le mariage peut avoir lieu sans cette puissance qui a même fini, dans la suite, par tomber en désuétude. Mais à toutes les époques du droit romain, les femmes restent dans une situation notoirement inférieure ; elles ont, sans doute, fini par s'affranchir de la tutelle perpétuelle qui pesait sur toutes celles qui ne se trouvaient ni en puissance paternelle, ni *in manu mariti*, mais elles n'ont jamais exercé la puissance paternelle. Malgré cette sévérité et cet égoïsme qui offraient d'ailleurs l'avantage d'assurer le respect du principe d'autorité, cette organisation de la famille n'avait, pour ainsi dire, pas changé jusqu'au commencement de notre siècle chez les peuples d'origine latine. Il suffit, pour s'en convaincre, de se reporter en Italie au code Alber-

tin qui a précédé le code actuel et, chez nous, aux ouvrages de nos anciens jurisconsultes des pays de droit écrit. Sans doute, dans le code Albertin et surtout dans les mœurs, le chef de famille n'est plus un souverain maître, un souverain juge, un souverain pontife, mais il a cependant gardé son caractère romain. Aussi l'autorité paternelle est une magistrature réservée aux mâles ; les femmes en sont exclues ; cette magistrature existe au profit de celui qui l'exerce et non dans l'intérêt de celui qui y est soumis ; elle dure pendant toute la vie du père, quel que soit l'âge de ses descendants, à moins d'émancipation ; comme à Rome, l'aïeul a sous sa puissance les descendants de ses fils, à moins que ceux-ci ne soient nés après l'émancipation de leur père. Le fils, placé indéfiniment en puissance, ne peut quitter le domicile paternel sans le consentement de son père qu'après avoir atteint l'âge de vingt-cinq ans, pour cause légitime et avec autorisation de la justice. Le père a l'usufruit des biens adventices (1) jusqu'à ce que le fils ait atteint l'âge de trente ans accomplis ; cet âge est descendu à vingt-cinq ans pour les garçons et à vingt et un ans pour les filles en cas de mariage. L'usufruit cesse également par l'émancipation, mais le père a toujours le droit de se réserver, par l'acte d'émancipation ou de mariage, tout ou partie de son usufruit, tant que l'enfant n'a pas atteint trente ans ; jusqu'à cet âge, il est également incapable de recevoir aucune libéralité, si ce n'est avec le consentement de son père ou celui de la justice. Enfin, à aucun âge, le fils en puissance ne peut se procurer d'argent par voie d'emprunt sans le consentement de son père.

(1) On appelle ainsi les biens acquis à titre gratuit, donation ou legs.

Dans le nouveau code italien, la puissance paternelle apparaît avec des caractères tout à fait différents ; elle n'est plus qu'une autorité de droit privé, établie plutôt dans l'intérêt de celui qui la subit que dans l'intérêt de celui qui l'exerce ; elle est dévolue à la mère comme au père, seulement le père l'exerce seul tant qu'il existe ; elle est d'ailleurs aussi forte dans les mains de la mère que dans celles du père ; mais elle a perdu son caractère égoïste et dur et cesse de bonne heure. La puissance paternelle prend fin à vingt et un ans ou même avant cet âge par l'effet de l'émancipation ; le fils devenu majeur est affranchi de toute incapacité et gère sa fortune. En un mot, la loi italienne a répudié ce qui restait encore de l'organisation de la famille romaine.

C'est ce qu'avait déjà fait chez nous le code civil pour les pays situés au sud de la Loire, qui avaient été jusqu'alors soumis au droit romain. Dans ces pays, la puissance paternelle était reconnue au père seul et refusée à la mère ; elle durait pendant toute la vie du père, quel que fût l'âge de l'enfant ; celui-ci restait fils de famille jusqu'à la mort de son père ou jusqu'à ce qu'il fût émancipé (1). Le père avait l'usufruit des biens de son fils, à moins que celui-ci ne les eût acquis à la guerre, au barreau ou dans la profession religieuse ; ces derniers formaient pour lui un pécule dont il avait la propriété et la libre disposition. Cette puissance paternelle était celle du droit romain, non de l'époque des

(1) L'émancipation était expresse ou tacite. Celle-ci résultait du mariage de l'enfant avec le consentement de son père, de la nomination de l'enfant, avec le consentement du père à certaines fonctions publiques ; dans certains pays, de ce que le fils demeurait hors du toit paternel pendant un temps plus ou moins long suivant les localités.

Douze Tables, mais de la fin de l'empire. Il paraît qu'après l'invasion des barbares, elle fut observée pendant quelque temps, même dans des pays qui devinrent plus tard pays de coutumes. Il y eut même des provinces coutumières qui ne cessèrent jamais d'appliquer le droit romain sous ce rapport (1); mais dans ces coutumes la puissance paternelle finissait nécessairement à un certain âge (2).

La plupart des coutumes, et notamment celle de Paris, repoussaient la puissance paternelle des Romains ; c'est en ce sens que Loysel disait : « Droit de puissance paternelle n'a lieu (3). » Dans ces pays, les pouvoirs du père étaient fondés, avant tout, sur l'intérêt des enfants ; aussi appartenaient-ils à la mère comme au père, seulement la mère ne les exerçait qu'à défaut du père. L'autorité paternelle prenait fin dès que les enfants n'avaient plus besoin de protection, c'est-à-dire à la majorité (alors, en général, fixée à vingt-cinq ans), et, même avant cette époque, par le mariage ou l'émancipation. Les parents avaient l'administration des biens de leurs enfants, mais à charge de rendre compte et le plus souvent sans usufruit à leur profit ; toutefois, le survivant des père et mère avait, dans presque toutes les coutumes, en vertu de la garde noble, et dans quelques coutumes seulement, en vertu de la garde bourgeoisie, la jouissance des biens que l'enfant recueillait dans la succession du prémourant. C'est ce qui faisait dire à nos anciens auteurs que cette puissance paternelle était plutôt une sorte de tutelle : « Dans la cou-

(1) Bretonnier, *Questions de droit,* II, v° Puissance paternelle. De Laurière, sur la coutume de Paris, tit. XV, art. 316.

(2) Argou, *Institutions au droit français,* liv. I, ch. 4.

(3) *Institutes coutumières,* I, règle 55.

tume de Paris et dans la plupart des autres, écrit Argou, les pères n'ont guère plus de pouvoir sur leurs enfants que les tuteurs sur leurs pupilles ; ils ont le soin de leur éducation et l'administration de leurs biens jusqu'à ce qu'ils soient majeurs ou émancipés (1). »

Cette puissance paternelle ainsi comprise, est une institution d'origine germanique. Le *mundium* sur les enfants n'est pas autre chose dans les lois barbares. Pendant le mariage, l'autorité appartient au père, mais les lois des Burgondes et celles des Wisigoths nous apprennent qu'à sa mort elle passe à la mère (2). La puissance paternelle cesse pour les filles par leur mariage ; l'époux acquiert le *mundium* à la place du père. Le fils sort de puissance paternelle dès qu'il a atteint sa majorité ; mais il n'y a pas, pour cette majorité, d'âge fixe ; c'est à partir du moment où le fils est en état de porter les armes qu'il devient majeur. « Gothis ætatem virtus facit, dit Cassiodore, et qui valet hostem confodere, ab omni se jam debet vicio vindicare (3). » Tacite confirme cette coutume des barbares : « Arma sumere non antea iniquam moris, quam civitas, suffecturum probaverit. Tum in ipso concilio vel principum aliquis, vel pater vel propinquus, scuto frameaque juvenem ornant ; hæc, apud illos toga, hic primus juvente honos ; ante hoc domus pars videntur, mos reipublicæ (4). » Quelques lois barbares fixent un âge pour la majorité, mais c'est une exception fort rare ; dans aucun cas, on ne distingue entre la *pubertas* et la *major ætas*. Non-seulement les fils majeurs acquièrent

(1) *Institutions au droit français*, I, ch. 4.

(2) Patre mortuo, utriusque sexus filiorum conjunctio, in matris potestate consistat (*Lex Visigothorum*, lib. III, tit. I, cap. 7).

(3) Varia II, c. 38.

(4) Germania, c. 13.

une complète indépendance, mais le père a même besoin de leur consentement pour certains actes, comme, par exemple, s'il veut conférer à un enfant naturel les avantages de la légitimité (1). L'émancipation n'est pas connue à cette époque ; c'est seulement plus tard qu'elle apparaît, les barbares l'ayant empruntée aux Romains. Toutefois elle ne fait pas sortir de la famille et ne change rien aux droits de succession, le fils acquiert seulement son indépendance avant l'âge de la majorité (2). C'est avec ces caractères que l'émancipation, empruntée aux Romains, modifiée par les barbares est parvenue jusqu'à nous. Quant aux biens acquis par les fils, le père semble en avoir l'usufruit jusqu'à leur majorité ou du moins il peut certainement employer leur jouissance à l'avantage de la communauté de famille. Tels sont notamment les biens que les fils recueillent dans la succession de leur mère (3). Plus tard, quand les fils auront leur majorité, ou auront fondé ménage à part, ou que les filles seront mariées

(1) « Nulli sit licentia, naturales filios æquales aut consimiles facere legitimis filiis, nisi si filii legitimi post completam legitimam ætatem consenserint » (Edict. Rothar., c. 155).

(2) Voici une formule d'émancipation de l'époque : « Domine Comes, hoc dicit Petrus, quod vult emancipare Joannem filium suum de se, ut de hac hora habeat licentiam et potestatem ire ad placitum et stare et appellationem faciendi et recipiendi, et cartas venditionis et donationis et omnem scriptionem et obligationem faciendi, et quod fecerit sic sit firmum tanquam si communiter aut consentiente eodem genitore suo fecisset ; vis ita emancipare ? » (Voyez *Zœpfl*, § 86, note 17).

(3) Quod si marito superstiti uxor forsitan moriatur, filii qui sunt de eodem conjugio, in patris potestate consistant, et res eorum, si novercam non superduxerit, ea conditione possideat ut nihil ex inde aut vendere, aut evertere, aut quocumque pacto alienare præsumat, sed omnia filiis suis integra et intemerata conservet. Fructus autem, cum filiis suis pro suo jure percipiat, et una cum ipsis filiis suis communibus consumat expensis. » (*Lex Wisigothorum*, lib. IV, tit. 2, cap. 13).

le père devra leur rendre la plus grande partie de la fortune de leur mère (1).

On a cru nécessaire de rappeler ces dispositions pour montrer que ce sont bien les principes de ces lois barbares, avec leur esprit, qui ont passé dans les lois modernes, même les plus attachées aux traditions romaines. Ce résultat est immense : on sait, en effet, que la puissance paternelle était la base de la famille romaine. Cette base a été renversée, et partout aujourd'hui la famille ne repose plus que sur le mariage.

Au contraire, la propriété romaine triomphe partout ; elle laisse loin derrière elle la propriété collective de la famille, du clan, de la *gens*, de la marche ; elle a résisté à la féodalité et lui survit ; elle est reconnue même dans les pays qui n'ont jamais été soumis à la domination romaine, en Allemagne notamment, et dans d'autres pays, comme en Russie, elle tend à se substituer à la propriété collective.

Chez tous les peuples et dans tous les temps, le principe de la propriété est reconnu ; seulement aux différentes époques de l'histoire, le régime de la propriété est plus ou moins bien organisé ; le progrès de la civilisation consiste à mieux saisir, à mieux appliquer la notion de la propriété. Les Romains étant le peuple de l'antiquité qui ait le plus exactement compris les principes du droit civil, il n'est pas étonnant que, chez eux, la propriété ait été établie sur ses véritables bases.

(1) « Cum autem filius duxerit uxorem aut filia maritum acceperit, statim a patre de rebus maternis suam accipiat portionem, ita ut usufructuario jure patri tertia pars prædicta portionis relinquatur. » (*Lex Wisigothorum*, lib. IV, tit. 2, cap. 13). — « Pater autem, tam filio quam filiæ, cum annos XX ætatis impleverint, mediam ex eodem, quam unumquemque contigerit de rebus maternis restituat portionem, etiamsi nullis nuptiis fuerint copulati. » (*Lex Wisigothorum*, lib. IV, tit, 2, cap. 13).

Pendant l'époque barbare, la propriété romaine reste très fréquente, mais déjà de nombreuses concessions, viagères d'ailleurs, de terres considérables sont faites à l'Eglise et aux hommes les plus importants du royaume, à l'imitation de ce que les Romains avaient souvent pratiqué eux-mêmes pendant les derniers siècles de l'empire.

C'est surtout à l'époque de la féodalité que le régime de la propriété se transforme complètement; les alleux ou terres libres suivant le droit romain disparaissent plus ou moins complètement; toute terre a son seigneur; les fiefs ne tardent pas à être transmissibles entre vifs et héréditairement; les redevances se multiplient, mais en échange des devoirs du vassal, le seigneur lui rend la justice, le protège envers et contre tous, assure sa sécurité. Lorsque la monarchie absolue s'établit plus tard en France et dans la plupart des autres pays de l'Europe, c'est elle qui se charge d'assurer partout la vie sociale. La féodalité avait perdu sa raison d'être, mais elle n'en continue pas moins à percevoir une foule de redevances, quoiqu'elle ne rende plus aucun service en retour; aussi la considère-t-on bientôt comme une cause de ruine et on l'attaque de toutes parts.

Ce sont les lois de la Constituante qui ont affranchi la propriété foncière de toutes ces charges et lui ont rendu la liberté par un retour au droit de propriété tel que l'avait compris les Romains. Dans notre code civil, la propriété, avec ses démembrements, est organisée comme à Rome; ce sont seulement les manières de la transmettre qui ont été modifiées; on a supprimé certains formalismes qui ne convenaient plus à notre époque. Les codes les plus récemment promulgués à

l'étranger, le code civil italien, par exemple, ont procédé de la même manière; on y chercherait en vain des traces de la propriété collective des Germains ou de la propriété divisée de la féodalité. Ailleurs, en Allemagne et en Autriche notamment, ce sont des lois spéciales qui, depuis le commencement de ce siècle, ont fait tomber, pièce par pièce, les restes du régime féodal. Les nations modernes ont toutes, sauf l'Angleterre, préféré la propriété romaine, même celles qui n'appartiennent pas à la race latine, comme, par réciprocité à la famille romaine, on a substitué chez les peuples d'origine latine l'organisation de la famille germanique. Ce n'est pas là une contradiction, mais la conséquence forcée, irrésistible du progrès social.

Malgré leur civilisation, les Grecs ne comprirent jamais une organisation politique autre que celle de la cité; les Romains conçurent l'idée de l'Etat et l'appliquèrent au point de réunir une grande partie du monde connu sous une seule domination, c'était un progrès social. Mais chez les Romains comme chez les Grecs, l'Etat ou la cité absorbe les personnes. Les anciens n'ont pas connu la liberté individuelle. Si l'on veut retrouver le germe de cette liberté, c'est en Germanie qu'il faut se transporter. Malgré les invasions, les ténèbres du moyen âge, le despotisme des premiers siècles de l'époque moderne, ce germe n'a jamais été étouffé; il s'est peu à peu développé. Aujourd'hui le respect de la liberté individuelle est devenu le premier principe de notre ordre social, la pierre fondamentale de la société moderne. Le triomphe de la famille germanique sur la famille romaine, celui de la propriété romaine sur la propriété germanique et féodale ne s'expliquent pas autrement. La famille romaine a succombé parce

qu'elle était incompatible avec l'indépendance de l'individu ; au contraire, la propriété romaine assurant mieux la liberté de l'individu que la propriété collective des Germains, a survécu.

On a, sans doute, dans certaines législations, exagéré l'œuvre d'émancipation de l'individu et de la propriété; sans doute aussi, la doctrine de l'individualisme poussée jusqu'à ses dernières conséquences, offre de sérieux dangers pour l'Etat, la famille, la propriété ; elle amène le morcellement exagéré de la propriété, elle relâche à l'excès les liens qui réunissent les membres d'une même famille. Elle peut même provoquer des souffrances sociales qui, à leur tour, engendreront les doctrines malsaines et subversives du communisme, du socialisme, du collectivisme. Mais ce n'est pas une raison parce que quelques exagérations ont été commises, pour conclure de leurs abus à un retour de la propriété collective ou à la famille romaine. Soutenir que la propriété foncière collective est supérieure à la propriété individuelle, préférer la propriété germanique à la propriété romaine, prétendre que le prolétariat moderne et ce que l'on est convenu d'appeler la question sociale sont des conséquences de la propriété individuelle, ce n'est pas seulement commettre de graves erreurs, mais nier le progrès et travailler au rebours de la civilisation (1).

(1) Personne n'a jamais nié, à notre connaissance, que pendant les premiers temps d'une civilisation, les terres sont communes, et que, même après l'établissement de la propriété individuelle, il peut encore rester pendant longtemps chez un peuple des communautés agraires ; c'est ce qui se produit le plus souvent dans les pays où la terre, plus ou moins aride, n'est pas susceptible d'acquérir une grande valeur. M. de Laveleye ne paraît pas l'avoir compris dans son étude, d'ailleurs si remarquable, sur la propriété collective. Il ne se trompe pas moins lorsqu'il regrette qu'on ne puisse pas retourner à cette forme de la propriété ; il n'a pas vu qu'elle constitue seulement un état provisoire, une phase de l'évolution de la propriété.

LE MARIAGE CIVIL ET LE DIVORCE

I. — INTRODUCTION

Depuis une dizaine d'années, il s'est déclaré, dans la plupart des Etats de l'Europe, chez les grandes nations comme chez les plus petites, un mouvement législatif considérable, qui formera un des traits caractéristiques de notre époque. La querelle qui a si vivement agité en Allemagne les jurisconsultes au commencement de ce siècle, paraît définitivement vidée : la codification est mise à l'ordre du jour. Les grands Etats de formation nouvelle, l'empire d'Allemagne et le royaume d'Italie, l'ont acceptée comme un moyen puissant d'arriver à l'unité politique. Le travail de la codification est à peu près terminé en Italie; il ne reste plus qu'à voter le code pénal pour achever l'œuvre commencée par le code civil, le code de procédure et le code de commerce. En Allemagne, la codification marche aussi à pas rapides. A la fin de l'année dernière, le Reischtag a voté une loi générale d'organisation judiciaire, un code de procédure civile, un code d'instruction criminelle et un code des faillites et déconfitures. Déjà auparavant, le code de commerce et le code pénal, faits originairement pour l'Allemagne du Nord, étaient devenus lois de l'empire. Enfin, la préparation du code civil allemand, qui

formera le monument le plus intéressant de cette législation nouvelle, paraît fort avancée (1). La Roumanie et le Portugal possèdent déjà des codes civils de date récente. Le code italien a été fait sur le modèle du nôtre et celui des Roumains n'en est même que la copie presque littérale. Les Suisses marchent aussi vers l'unité; dans une de leurs réunions annuelles, les jurisconsultes suisses ont relevé les principales différences qui séparent encore les cantons d'origine germanique des autres (2); déjà on cherche le moyen de les faire disparaître. La Grèce prépare son code civil. L'Espagne elle-même, malgré ses interminables guerres intestines, ne perd pas de vue cette réforme législative; son projet de code civil a été publié par une ordonnance du 12 juin 1851, et comme la discussion se faisait trop attendre, on a extrait de ce projet les dispositions les plus importantes, relatives à l'organisation de la famille et à la sécularisation du droit, pour former une loi qui, sous le nom de loi provisoire du 18 juin 1870 sur le mariage civil, est destinée à rester en vigueur jusqu'à la confection définitive du code général. Le Monténégro, lui aussi, au milieu de sa lutte contre la Turquie, songe à la codification de ses lois civiles, et le prince régnant de ce pays a chargé de la réalisation de ce projet un jurisconsulte éminent, M. Bogisic, auteur d'un ouvrage considérable sur les coutumes des Slaves méridionaux. L'Angleterre commence à secouer la poussière du moyen âge et la réforme récemment réalisée dans l'administration de la justice a supprimé, du moins en partie,

(1) Voir sur ce travail l'*Annuaire de la société de Législation comparée*, 1877, p. 79 et le *Bulletin* de la même année, p. 162.

(2) Voy. la brochure : *Die Hauptdifferenzen der franzœsisch und deutsch schweizerischen Civilgesetzgebung*, Berne, 1873.

l'antique distinction entre la *common law* et l'*equity*. Cette réforme pourra bien, sans jamais aboutir à un code, en amener une autre dans le domaine du droit civil; dès maintenant on s'occupe d'unifier la législation sur le mariage.

Tous ces changements vont produire ou confirmer en Europe trois grands résultats déjà obtenus chez nous depuis le commencement de ce siècle : l'unité de législation; l'abandon du droit romain comme législation vivante; la sécularisation du droit. Déjà dans notre ancienne France, l'unité de législation avait été réalisée pour la plupart des branches du droit par les belles ordonnances de Louis XIV; mais le droit civil, comme on l'a vu plus haut, variait de province à province, parfois même de ville en ville. Les actes les plus importants de la famille étaient constatés par le clergé et certaines contestations relatives au mariage étaient restées de la compétence des tribunaux ecclésiastiques qui appliquaient le droit canonique. La révolution nous a donné l'unité de la loi civile et la sécularisation du droit.

C'est avec une curieuse attention que nous devons suivre les mêmes changements dans les autres pays de l'Europe, car ils sont la conséquence de l'exemple donné par la France. Dans ce temps de rivalités étrangères, il n'est pas trop présomptueux de rappeler que notre législation civile sert souvent de modèle aux autres pays. Il est surtout important de constater que le principe du mariage civil, consacré pour la première fois d'une manière sérieuse par la loi française en 1792, s'est répandu dans toute l'Europe avec une extrême rapidité; en moins de trois quarts de siècle, il a été consacré avec une application, plus ou moins large, par presque tous les Etats.

A l'occasion des nouvelles lois civiles, ainsi que des conflits engagés avec la cour de Rome, on a soulevé de nouveau la question si grave du divorce. En France, un projet de loi a été présenté en 1876 par l'initiative parlementaire à la chambre des députés dans le but de rétablir le divorce. Des procès célèbres ont aussi remis récemment cette question à l'ordre du jour. Il n'est donc pas sans intérêt de faire connaître l'état de la législation sur ce point dans les principaux pays de l'Europe. Nous complèterons cette étude en recherchant l'influence de l'Eglise sur le mariage et en jetant un coup d'œil rapide sur l'histoire du divorce. Nous pourrons nous convaincre, en remontant aux sources des lois actuelles, que toutes, en général, celles qui prohibent le divorce comme celles qui l'autorisent avec plus ou moins de facilité, sont restées fidèles à leurs origines historiques; elles n'ont pas tenu compte de la doctrine d'après laquelle le divorce est une conséquence nécessaire du mariage civil. Dans certains pays, le divorce est permis malgré le caractère religieux du mariage, et dans d'autres, le législateur, tout en introduisant le mariage civil, a refusé de le reconnaître. Le divorce est resté dans les pays où il existait déjà autrefois, mais il ne s'est pas introduit ailleurs, même là où le mariage a perdu son caractère religieux. Comment expliquer cette différence entre le divorce et le principe du mariage civil, qui s'est étendu avec une extraordinaire rapidité? Le mariage civil n'est autre chose que l'affirmation et le respect de la liberté de conscience : voilà la cause de son triomphe. Mais les partisans les plus convaincus du divorce ne parviendront jamais à prouver qu'il soit un bien. Faut-il au moins le considérer comme un mal nécessaire? Nous avons pensé qu'on pourrait éclairer

cette question par l'étude des législations étrangères et des documents statistiques qui ont été publiés dans plusieurs pays.

Nous avons pensé que, dans une étude, avant tout, scientifique, il n'était pas sans intérêt de comparer aussi les principales législations anciennes qui nous sont connues et d'étudier la question du mariage et du divorce dans l'antiquité d'après les documents parvenus jusqu'à nous.

Après avoir montré comment le divorce, d'abord consacré par le droit romain et par les lois barbares, a succombé sous les attaques de l'Eglise, nous étudierons cette institution et la séparation de corps, en commençant par la France et par les pays qui vivent encore aujourd'hui sous l'empire de notre code civil. Nous nous occuperons ensuite des législations étrangères, en les ramenant aux quatre groupes suivants :

1° Lois des nations de race latine (Italie, Espagne, Portugal, Roumanie) ;

2° Lois des nations où domine l'élément germanique (Angleterre, Hollande, Allemagne, Suisse, Autriche) ;

3° Lois des nations slaves (Russie, Serbie, Slaves méridionaux de l'Autriche et de la Turquie) ;

4° Lois des nations scandinaves (Danemark, Suède, Norwége).

PREMIÈRE PARTIE

NOTIONS HISTORIQUES

A. Peuples de l'antiquité.

Il est curieux de rechercher quelles étaient les formes du mariage et les cas de divorce chez les peuples de l'antiquité ; mais en l'absence de documents nombreux et précis, cette étude est pleine de périls et d'obscurité. Nous nous bornerons à indiquer quelques points sur lesquels il nous est parvenu des renseignements précis. Cet aperçu suffira pour établir une fois de plus l'état d'infériorité de la femme dans les sociétés primitives. Le mariage prend la forme d'une vente ; la jeune fille est plutôt achetée qu'épousée ; elle est l'inférieure du mari et parfois même abandonnée à sa discrétion ; la polygamie se rencontre assez souvent. Mais dès que les mœurs s'adoucissent, la condition de la femme s'améliore et le législateur comprend la nécessité de la prendre sous sa protection.

Chez les Babyloniens, les mariages se faisaient une fois l'an, dans un marché public où l'on mettait aux enchères les filles nubiles. La fête de ces mariages se célébrait dans le mois de sabbat et le jour principal en

était le dernier du mois. On remettait à chaque jeune fille ainsi vendue aux enchères publiques une olive de terre cuite percée comme pour être portée au col, où étaient inscrits son nom, celui de son mari et la date de l'acte. On a trouvé quelques-unes de ces olives, et voici, comme échantillons, les inscriptions de trois de celles que possède le musée du Louvre : 1° Nannutamat, acquise par Bahit-Alsi, le jour de la fête de sabat, l'an IX de Mérodchbaladan, roi de Babylone. » 2° « Binit-Nisukin, acquise par Ha... . Kan, au mois de sabat de l'an X de Mérodchbaladan, roi de Babylone. » 3° « Halalat, acquise par Marnarih, au mois de sabat de l'an XI de Mérodchbaladan, roi de Babylone. »

Chez les Egyptiens, peuple d'une civilisation très avancée, les lois concernant les femmes étaient fort sévères, d'après ce que nous rapporte Diodore de Sicile (1), très complet et très informé à ce sujet. Celui qui était convaincu d'avoir fait violence à une femme libre, devait être mutilé, car on considérait que ce crime comprenait en lui-même trois maux très grands : l'insulte, la corruption des mœurs et la confusion des enfants. Pour l'adultère commis sans violence, l'homme était condamné à recevoir mille coups de verges, et la femme à avoir le nez coupé. Le législateur voulait qu'elle fût privée de ses attraits, car ils ne lui avaient servi que pour la séduction.

L'organisation du mariage et de la famille chez les Aryas primitifs de la Bactriane offre pour nous un intérêt tout particulier, car c'est la civilisation de ce peuple qui est le berceau de la nôtre (2). Le mariage est pré-

(1) Liv. 1er.

(2) Voy. dans le tome V des *Indische Studien*, de Weber, un travail spécial du docteur Haas sur les cérémonies du mariage chez les Aryas.

cédé de fiançailles. Il s'appelle en sanscrit *gama* (en grec *γάμος*, en irlandais *gamh*). On le considère comme un acte sacré et qui doit être librement consenti par les deux époux. Son symbole est l'union de deux mains. Aussi le mariage est-il appelé *karagraha* ou *panigraha*, qui signifie littéralement « prise de la main », de même que l'époux porte parfois le nom de *kastagrâbha* « preneur de main. » Le mot grec ἐγγύη « fiançailles » dérive de l'antique nom de la main, *angu*, et on sait que, chez les Romains, la *dexterarum junctio* formait une des principales partie des fêtes du mariage. Le slavon *obratchincku*, « époux, » dérive de *raku*, « main. » Chez les Aryas, en effet, l'époux, en présence du prêtre ou du père de famille qui en remplit les fonctions, met la main droite de l'épouse dans la sienne, en prononçant certaines formules sacrées. L'épouse est ensuite emmenée au domicile de son mari et cette solennité semble avoir passé chez presque tous les peuples de la race indo-européenne. En sanscrit, l'épouse s'appelle *vahiâ*, l'époux *vôdhar*, de la racine *vah*, « conduire, emmener (1). » Les latins disent *ducere uxorem* et la *deductio uxoris* constitue une formalité du droit civil exigée pour la validité de toutes les justes noces, même de celles qui se contractent sans *manus* (2). Sur un char traîné par deux bœufs blancs, le père de la mariée offre au mari une vache (3). Cette vache était dans les

(1) En zend, *vaz*, en lithuanien *westi*, signifient indistinctement conduire et épouser ; de même le tchèque *wdam*, le kymrique *gwelddu*, l'anglo-saxon *weddian*, le scandinave *ved*.

(2) On en avait conclu qu'une fille ou veuve ne pouvait pas se marier si elle ne se trouvait pas au lieu même du domicile de son futur mari ; au contraire, un homme absent pouvait épouser une fille ou femme qui se trouvait dans ce lieu, car rien ne s'opposait alors à la *deductio uxoris*.

(3) Rig. Veda, X, LXXX, 10.

premiers temps destinée au festin des noces. Plus tard, cette vache fut consignée dans la maison du mari, et c'est de cette coutume qu'est née ensuite la dot. Aussi la dot s'appelle-t-elle en sanscrit *gôdâna,* littéralement « le don de la vache. » (1). Dans Homère (2), les jeunes filles recherchées en mariage sont appelées *ἀλφεσίβοιαι,* c'est-à-dire celles qui obtiennent des vaches de la part de leurs prétendants. La dot s'appelle en ancien allemand *faderfio,* en scandinave *faedhering feoh* « le bétail du père; » en Angleterre on dit encore aujourd'hui *maidenfee.* En Irlandais, les mots *crodh, spre, spréidh,* signifient à la fois « bétail » et « dot. » Les autres solennités du mariage se sont aussi presque toutes transmises au travers des âges chez les peuples de la race indo-européenne. Ainsi les cheveux de l'épouse sont partagés chez les Indiens avec une épine de porc-épic, et chez les Romains avec un fer de lance. La nouvelle mariée est ensuite conduite autour du foyer domestique et on la reçoit à la porte de sa nouvelle demeure en lui présentant l'eau et le feu. Le culte du foyer de chaque famille et l'initiation de la femme à la religion domestique de son mari sont communes aux peuples de l'antiquité qui remontent aux Aryas. Cette preuve a été faite et développée avec tant d'éclat par M. Fustel de Coulanges dans sa *Cité antique,* qu'il n'est pas nécessaire de nous y arrêter. Chez les Aryas, la femme est seule au foyer domestique et elle y occupe une place honorée à côté de son mari. On sait que, sauf exception pour l'Iran et quelques autres contrées, les peuples de race japhétique ont partout conservé et respecté le principe de la monogamie. Il serait curieux de poursuivre ce rapprochement

(1) En Polonais *gody.*
(2) Iliade, XVIII, v. 594.

pour étudier l'organisation de la famille. On pourrait facilement montrer que cette organisation s'est à peu près transmise jusqu'aux Romains telle qu'elle existait dans l'Inde. L'autorité appartient au chef de la famille qu'il ne faut pas confondre avec le père ; celui-ci peut se trouver encore sous l'autorité de son propre père qui est le chef de la famille et il ne prendra à son tour ce rôle qu'au jour où il n'aura plus d'ascendants. Le chef de la famille s'appelle en sanscrit et en zend *pitar* (de la racine *pâ*), en grec πατὴρ, en latin *pater*, littéralement le protecteur de la famille ; le père prend en sanscrit le nom de *ganitar*, en latin, *genitor*, celui qui a engendré (1).

Il serait facile de citer dans les lois de Manou une foule de dispositions qui se retrouvaient chez les autres peuples d'origine arienne. Deux livres du code de Manou, le 8e et le 9e, sont consacrés aux lois civiles et criminelles. Il nous suffira de relever quelques traits saillants qui tiennent à notre sujet. Ainsi la loi se propose avant tout l'accroissement de la famille ; elle prévoit ou indique le cas où l'épouse peut être répudiée. « Une femme stérile pendant huit ans peut être

(1) Les noms des autres membres de la famille sont aussi à peu près les mêmes chez presque tous les peuples de la race indo-européenne. En sanscrit, le frère s'appelle *bhrâtar*, de la racine bhar « porter, supporter ; » en zend, *bratar;* en grec, φρητήρ mot archaïque ; en latin, *frater ;* en irlandais, *brâthir ;* en gothique, *brothar ;* en lithuanien, *brolis,* contracté pour *brotélis ;* en slavon, *bratru.* La sœur porte le nom en sanscrit de *svasar,* littéralement, celle qui est bonne, qui est amicale ; en zend, *ganhar ;* en latin, *soror ;* en irlandais, *sethar ;* en gothique, *svistar ;* en borussien, *shostro ;* en slavon, *sestra.* Le fils est « celui qui purifie, » *putra,* de la racine *pû* ; en zend, *puthra* ; en latin, *puer ;* en armoricain, *paotr,* c'est-à-dire celui qui libère le père de l'obligation d'engendrer. La fille est la gardienne du troupeau, celle qui trait les vaches, *duhitar,* de la racine *duh* ; en zend, *dughdar ;* en grec, θυγατὴρ en gothique, *dauhtar ;* en irlandais, *dear ;* en lithuanien, *dukte ;* en slavon, *duschti.*

répudiée ; celle dont les enfants sont tous morts en naissant peut l'être également au bout de dix ans ; celle qui ne met au monde que des filles au bout de onze ans ; celle qui parle avec aigreur, sur-le-champ (1). » On verra que chez les anciens le divorce a toujours été un droit pour le mari en cas de stérilité de la femme. Hérodote cite même deux rois de Sparte qui furent contraints de répudier leurs femmes parce qu'elles étaient stériles (2). On sait que « Carvilius Ruga, homme de grande famille, se sépara de sa femme par le divorce, parce qu'il ne pouvait pas avoir d'elle des enfants. Il l'aimait avec tendresse et n'avait qu'à se louer de sa conduite. Mais il sacrifia son amour à la religion du serment parce qu'il avait juré (dans la formule du mariage) qu'il la prenait pour épouse afin d'avoir des enfants (3). » On trouve chez les anciens Indous, comme en Grèce, des formes de mariage semblables à la *deductio* et à la *confarreatio* du droit romain (4). Si les lois de Manou permettent la polygamie et n'accordent pas à la femme, dans la hiérarchie sociale, une place aussi élevée ni une influence aussi sérieuse que les lois des anciens peuples de l'Europe, c'est parce que, sous l'influence des climats chauds de l'Orient, la fille passe, presque sans transition, de l'enfance à la maternité et n'a pas le temps d'acquérir une éducation sérieuse. Aussi sa vie tout entière n'est qu'une longue

(1) Lois de Manou, IX, 81.
(2) Hérodote, V, 39 ; VI, 61.
(3) Aulu-Gelle, IV, 3 ; Valère Maxime (II, 1, 4), Denys (14, II, 25), et Plutarque (*Quest. rom.*), confirment pleinement le récit d'Aulu-Gelle.
(4) Gaius, I, 112 ; *Lois de Manou*, III, 27 à 30, 172 ; V, 152, VIII, 227 ; IX, 194 ; *Mitakchara*, trad. Orianne, pp. 166, 167, 236. Pour plus de détails sur ce point, Fustel de Coulanges, la *Cité antique*, liv. II, ch. 2.

dépendance. Enfant, elle obéit à son père ; adulte, à son mari ; vieille, à ses enfants. Son suprême devoir est de respecter son époux ; son occupation journalière d'élever ses enfants et de veiller à l'ordre domestique. Veuve, elle est tenue de rester fidèle à la mémoire de son époux ; elle ne doit même pas prononcer le nom d'un autre homme. Prendre un second mari, c'est encourir la réprobation générale et renoncer au titre de femme vertueuse. Il résulte clairement des textes qu'à l'époque à laquelle remonte le code, l'usage qui prescrit à la veuve de se brûler avec le corps de son mari n'existait pas encore. C'est une nouvelle preuve de l'antiquité du livre de Manou, car cet usage est mentionné par les premiers Grecs qui pénétrèrent dans l'Inde au temps d'Alexandre et on en trouve des exemples dans le Mahabharata (1).

(1) Vivien de Saint-Martin, L'Inde, ses origines et ses antiquités, dans la *Revue germanique* de 1861 et de 1862.

B. Droit mosaïque.

Le droit mosaïque définit le mariage l'union de l'homme et de la femme pour ne constituer à l'avenir qu'une seule personne et dans le but d'assurer leur postérité pour la gloire de Dieu (1). D'ailleurs, la loi reconnaît le mariage, sans distinguer s'il est contracté entre deux personnes de condition supérieure, comme par exemple, l'union d'Isaac avec Rébecca, ou par un homme avec une fille d'une condition inférieure, comme le mariage de Samson avec la fille d'un Philistin, ou enfin entre un homme et une femme tous deux de basse condition. Tout homme est tenu de se marier et peut y être contraint par les autorités, tant qu'il n'a pas été le père d'un fils et d'une fille (2).

La loi mosaïque permet d'ailleurs le divorce d'une manière très large aux hommes. Elle dit, en propres termes, que, si le mari ne découvre pas dans la personne de sa femme les qualités auxquelles il s'attendait, il a le droit de lui envoyer une lettre de divorce et de la mettre hors de sa maison (3). Il s'agit là, comme on le voit, à proprement parler, de la répudiation permise aux hommes d'une manière à peu près absolue. Toutefois cette répudiation est soumise à certaines formalités. De

(1) Loi mosaïque, I, 1, 2, 22, 23, 28. — Maleachi, II, 15.
(2) Talmud, Jebamoth, 61 b. et 63 b.
(3) Loi mosaïque, V, 24, 1.

même que le mariage suppose l'entrée de la femme au domicile du mari, de même aussi le divorce n'existe pas tant que la femme n'en est pas partie. Mais avant d'expulser sa femme, le mari est tenu de remplir une formalité préliminaire : il doit écrire et remettre une lettre de divorce et rendre ainsi à sa femme la liberté d'en épouser un autre. Comme en général les Israélites ne savaient pas écrire, il fallait recourir au ministère d'un prêtre ou d'un lévite.

Cette intervention donnait à la femme de très sérieuses garanties : le prêtre pouvait se refuser à donner la lettre du divorce et empêcher l'abus des répudiations. Le grand-prêtre Aaron nous apprend que bien souvent il avait réconcilié des maris avec leurs femmes qu'ils voulaient renvoyer. On avait ainsi limité le droit de répudiation du mari en le soumettant à des formes rigoureuses. Il paraît cependant qu'après le retour de Babylone, les Israélites renvoyèrent leurs femmes pour épouser des païennes. Le prophète Malachie s'éleva contre ces iniquités (1). Dans la suite, les sages s'attachèrent à entourer la répudiation de restrictions encore plus sérieuses, et une controverse s'éleva entre eux sur le point de savoir dans quels cas elle devait être permise. D'après les disciples d'Hillel, le mari avait le droit de répudier sa femme dès qu'il lui découvrait un défaut quelconque, comme, par exemple, si elle avait le tort de laisser corrompre la nourriture du ménage. Mais les partisans de l'école de Samaï se montraient beaucoup plus sévères et n'autorisaient la répudiation que pour un défaut grave. La controverse durait encore à l'époque de la prise de Jésusalem par les Romains. Ainsi Akiba, qui mourut sous le règne d'Adrien, ensei-

(1) Malachie, 2, 14.

gnait que le mari a le droit d'abandonner sa femme dès qu'il en trouve une autre plus belle qu'il désire épouser. Mais Eliézer, de l'école de Samaï, s'élevait avec force contre ces complaisances et condamnait même la répudiation d'une manière générale (1).

D'après la loi mosaïque, le divorce n'est plus un droit, mais un devoir pour le mari, et la justice doit le prononcer, même contre le gré des époux, lorsque la femme s'est rendue coupable d'adultère. La loi mosaïque condamne cette femme à la peine de mort (2) ; mais il est interdit au mari de continuer à vivre avec sa femme, si cette peine n'est pas prononcée contre elle (3). Quand une femme s'accuse elle-même d'adultère, on n'ajoute aucune foi à ses aveux et on exige d'autres preuves : la loi craint que ces aveux ne soient faits dans le but d'épouser un autre homme (4). Le mariage est interdit entre la femme adultère et son complice (5). La même interdiction frappe celui qui, par sa complicité, a contribué au divorce dans le but d'épouser ensuite la femme (6). Nous verrons que cette interdiction de mariage entre l'adultère et son complice, est commune à presque toutes les législations de l'antiquité. Le mari est encore obligé de répudier sa femme lorsqu'il a vécu pendant dix ans avec elle sans en obtenir d'enfants. Il n'a pas pu, en effet, remplir avec elle le but

(1) Talmud, Gittin, 90 a et b, Mischna. — Dans un concile tenu par les rabbins à Worms, pendant la seconde moitié du onzième siècle, la répudiation fut, en principe, interdite. On ne l'autorisa plus que dans le cas où la femme s'était permis un acte contraire à la loi. Mais on admit toujours le divorce par consentement mutuel.

(2) Loi mosaïque, III, 20, 10.

(3) Talmud, Sota, 6 a. — Mischna, 6, § 15.

(4) Talmud, Nedarim, 90 b. — Mischna, 115, § 6.

(5) Loi mosaïque, III, 2, 10.

(6) Talmud, Sebamoth, 24 b et 25 a.

du mariage (1). Dans le dernier état du droit, la stérilité de la femme n'a plus obligé le mari à divorcer, mais elle est restée pour lui une cause facultative de divorce (2). Enfin des raisons sanitaires avaient fait décider que quand l'un des époux serait atteint de la lèpre, l'autre serait obligé de divorcer même contre son gré (3).

Lorsque deux personnes avaient contracté un mariage interdit par les lois mosaïques, elles étaient également tenues de se séparer, mais il va sans dire qu'il ne s'agissait pas à proprement parler de divorce.

La loi mosaïque permet au mari de demander le divorce pour un certain nombre de causes. Il y est d'abord autorisé toutes les fois qu'il découvre qu'au moment du mariage sa femme n'était plus vierge. Dans l'ancien droit, celle-ci encourait la peine de mort (4). Mais ensuite on admit qu'il serait seulement permis de la répudier et qu'elle perdrait tous ses avantages matrimoniaux (5). Le seul soupçon de l'adultère autorise aussi le mari à demander le divorce, à moins qu'il ne soit lui-même sujet aux mêmes reproches. L'ancienne loi mosaïque avait établi, pour ce cas, des preuves curieuses, mais qui ont été supprimées au temps de la destruction du second temple par les Romains ; désormais, le soupçon put être justifié par toutes sortes d'indices (6). Dans le nouveau droit des Israélites, il est aussi permis au mari de divorcer toutes les fois que sa femme viole la loi mosaïque, comme, par exemple, si elle lui sert des

(1) Gebamoth, 64 a, Mischna. On prétend que Napoléon Ier s'est appuyé sur cette disposition de l'ancien testament pour demander son divorce avec Joséphine.
(2) Hæser, 1, § 10. – Beth Samuel, 118.
(3) Talmud, Ketuboth, 77 a Mischna.
(4) Loi mosaïque, V, 20, 21, 22.
(5) Aeser, 68, § 8.
(6) Loi mosaïque, IV, 5, 27, 28. — Talmud, Sota, 47 a, Mischna.

aliments défendus, ou si elle se promène sur les places publiques la tête nue, ou y découvre ses bras, ou se permet des plaisanteries avec les jeunes gens, etc. Lorsque les faits ne sont pas établis par témoins, la femme peut se justifier au moyen du serment purgatoire (1). Le refus du devoir conjugal autorise aussi le mari à demander le divorce contre sa femme, dans l'ancien comme dans le nouveau droit. A l'origine, on commençait, en pareil cas, par déduire de la somme qu'avait promise le mari à l'occasion du mariage, sept deniers par semaine et quand cette somme était épuisée, alors seulement on prononçait le divorce. Dans la suite, il fut décidé que le refus de la femme serait publié à la synagogue pendant quatre semaines consécutives, le jour du sabbat, et qu'ensuite elle perdrait la somme promise à son mari si elle persistait dans son refus. En dernier lieu, on s'arrêta à un troisième système: on accorda à la femme un délai de douze mois, mais en la menaçant, pour le cas où elle ne se soumettrait pas avant l'expiration de ce terme, du divorce et de la perte de tous ses droits résultant du mariage (2).

De son côté, la femme est aussi autorisée par la loi mosaïque à demander le divorce dans certains cas déterminés. Ainsi, lorsque le mari refuse le devoir conjugal, la femme a le choix de divorcer ou de réclamer un supplément à la somme promise par le mari à l'occasion du mariage (3). La loi mosaïque assimile à l'adultère tout acte immoral qu'une femme mariée se permet avec un homme, mais les immoralités des hommes ne sont punies que de la prison. Toutefois, lorsqu'un mari continue à mener une vie déréglée après son mariage, sa femme

(1) Talmud, Ketuboth, 72 a, Mischna. — Talmud, Sota, 25 a.
(2) Talmud, Ketuboth, 63 a, — Hæser, 77.
(3) Talmud, Ketuboth, 63 b.

peut demander le divorce. Il en est de même s'il la maltraite outre mesure (1).

Nous avons jusqu'à présent parcouru des causes de divorce propres à chacun des époux; il en est d'autres qui leur sont communes. De même que le mari peut, au bout de dix ans, demander le divorce pour cause de stérilité de sa femme, de même celle-ci, à l'expiration de ce temps, a le droit de faire dissoudre le mariage pour cause d'impuissance de son mari (2). Si l'un des époux est atteint, même pour la première fois pendant le mariage, d'une maladie insupportable, comme par exemple de l'épilepsie ou d'un mal contagieux, l'autre conjoint a le droit de demander la dissolution du mariage (3). Si de pareils faits sont antérieurs au mariage, comme aussi s'il y a eu erreur sur la personne ou sur la fortune de l'autre conjoint, le divorce peut encore être demandé, mais il s'agit alors à proprement parler plutôt d'une cause de nullité (4). Le changement de religion de l'un des époux autorise aussi l'autre à faire rompre le mariage. Enfin l'absence est encore une cause de divorce commune aux deux époux, bien qu'en fait elle profite le plus souvent à la femme. Lorsqu'un Israélite quitte le pays, il ne peut pas contraindre sa femme à le suivre et il doit même promettre de ne pas l'abandonner. Si son absence se prolonge sans esprit de retour, il est tenu de dégager sa femme des liens du mariage en lui envoyant des lettres de divorce, et s'il ne le fait pas, au bout d'un certain temps qui dépend des circonstances, on présume qu'il est mort (5).

(1) Hæser, 54, § 3.

(2) Talmud, Gebamoth, 65 a; Nidda, 65 b.

(3) Talmud, Ketuboth, 77 a, Mischna.

(4) Talmud, Kiduschen, 48 b, 49 b, Mischna. — Talmud Ketuboth, 72 b, Mischna.

(5) Cpr. Mayer, *die Rechte der Israeliten*, II, p. 85.

C. Droit athénien.

Dans le droit athénien, comme chez les juifs, le mariage est contracté pour donner des enfants à la patrie (1). Chaque citoyen doit se marier, au risque d'encourir les peines édictées par la loi contre les célibataires (2). Les lois de Lycurgue accordent des avantages aux citoyens qui donnent un grand nombre d'enfants à leur patrie (3). Platon dit, dans son traité des lois, qu'un citoyen remplit ses devoirs envers la cité lorsqu'il lui a donné un fils et une fille (4). Il semble que les anciens grecs n'aient pas connu le divorce (5), mais, dans la suite, il devint à Athènes d'un usage journalier. En réalité, le lien du mariage ne présentait aucune solidité. Chacun des époux, la femme comme le mari, avait le droit de le rompre à sa guise. Toutefois, lorsque le mari voulait répudier sa femme, il devait remplir des formalités assez semblables à celles que nous avons rencontrées dans l'ancien droit mosaïque. Le mariage n'était rompu qu'autant que la femme avait quitté le domicile conjugal et celle-ci devait, au préalable, recevoir un avertissement par écrit que lui remettait un tiers au nom de son mari. Si c'était la femme qui voulait dissoudre le mariage, la loi était moins sévère ; il lui suffisait d'abandonner la maison de

(1) Petit. Leg. att., VI, 1, § 1. ἐπ' ἀρότρῳ παίδων.
(2) Pollux, III, 48 ; VIII, 40.
(3) Aristote, politique, II, 6, 3.
(4) *Traité des lois*, XI, 930.
(5) Homère, Odyssée, X, 58.

son mari pour rompre le lien conjugal (1). Dans tous les cas, la femme avait le droit d'emporter avec elle ce qu'elle avait mis dans le ménage. Habituellement le mari priait deux témoins d'assister à son départ pour rendre la preuve plus facile (2). De son côté, la femme qui voulait divorcer, devait se rendre en personne chez l'archonte et lui faire une déclaration de sa volonté. Cette mesure avait probablement pour objet d'empêcher les abus. Une fois ces formalités du divorce remplies, l'époux qui voulait se séparer pouvait intenter une action en justice pour contraindre l'autre à se soumettre à sa volonté (3). Il paraît qu'anciennement le divorce résultait aussi de ce que le mari avait donné sa femme à un autre avec le consentement de celle-ci. Mais cette ancienne forme du divorce par consentement mutuel est tombée de bonne heure en désuétude (4).

La loi athénienne imposait le divorce aux époux dans deux cas : pour cause d'adultère de la femme et lorsque l'un des époux étranger n'était parvenu à contracter mariage qu'en se faisant passer pour Athénien (5). La femme convaincue d'adultère n'avait pas le droit de se remarier avec son complice ; elle était notée d'infamie et, comme telle, privée du droit d'entrer dans les temples et de s'orner des parures réservées aux femmes honnêtes (6).

De son côté, la femme pouvait demander le divorce toutes les fois que son mari la corrompait ou la com-

(1) Pollux, III, 5, § 3.
(2) Lysias contre Alcibiade, 541, 7.
(3) Pollux, III, 5, § 3.
(4) Sur ce dernier point, cpr. Mayer, *die Rechte der Israeliten,* II, § 229.
(5) Démosthènes contre Nééra, 1350, 17 ; 1363, 4. — Petit, VI, I, § 5.
(6) Démosthènes contre Nééra, 1374. — Petit, VI, § 5.

promettait, ou encore s'il lui faisait subir de mauvais traitements (1). La fille héritière n'avait le droit de se marier qu'avec son plus proche agnat, mais si celui-ci était impuissant, elle avait le droit de divorcer pour épouser celui qui le suivait dans la famille (2).

(1) Diogène de Laërte, IV, 27. — Cpr. Meier, *Attische Process* p. 288.
(2) Plutarque, *Vie de Solon*, ch. 20. — Petit, VI, 1, § 13.

D. Droit romain (1).

Les lois des peuples de l'antiquité avaient un caractère à la fois religieux et civil ; il n'est donc pas étonnant qu'elles aient le plus souvent fait du mariage un acte à la fois religieux et civil. Les plus anciennes lois romaines étaient aussi empreintes de ce caractère et

(1) Cpr. Ortolan, *Instituts de Justinien,* sous le titre *De nuptiis,* liv. I, tit. x. — Accarias, *Précis de droit romain,* I, p. 148. — Brisson, *De ritu nuptiarum liber sing.* In Brissonii Opera, ed. Trekell. Lugd. Bat, 1749, fol., p. 287, 339. — Hotomann, *De veteri ritu nuptiarum,* in Græevii Thes., A. R., vol. VIII. — Grupen, *De uxore Romana,* Hannover, 1727, in-8. — Van Maanen, *De muliere in manu et in tutela secundum Gaii Instit. principia.* Lugd. Bat., 1823. — Wæchter, *Uber Ehescheidungen bei den Rœmern,* Stuttgardt, 1822. — Hase, *De manu juris Romani antiquioris,* Halle, 1847. — Hase, *Das Güterrecht der Ehegatten nach rœm. Rechte,* Berlin, 1827. — Eggers, *Ueber das Wesen und die Eigenthümlichkeit der altrœmischen Ehe mit Manus,* Altona, 1833. — Rossbach, *Untersuchungen über die rœmische Ehe,* Stuttgard, 1853 — Du même, *Rœmische Hochzeits und Ehedenkmaler,* Leipsig, 1871. — Karlowa, *Die Formen der rœmischen Ehe und Manus,* Bonn, 1868. — Hœlder, *Die rœmische Ehe,* Zurich, 1874. — Marquardt, *Das Privatleben der Romer,* p. 27. Leipsig, 1879. — Aranjo, *Ensayo historico juridico sobre el matrimonio en Roma.*

Voyez aussi : La *manus* en droit romain, par de Fresquet, dans la *Revue historique,* II, 135. — Boissier, *les femmes à Rome,* dans la *Revue des Deux-Mondes,* n° du 1er décembre 1873. — Mommsen, *Zwei Sepulcralreden aus der Zeit August und Hadrians,* Abhandlung der kaiserlichen Academie der Wissenschaft von Berlin, 1863, p. 455 et suiv. — Huschke, *Zu der Grabrede auf die Turia* dans la Zeitschift fur Rechtsgeschichte, V, 1866, p. 168 et suiv. — Voyez du même un autre article dans la même Revue, X, p. 311 et suiv. — Laban, *Die rechtliche Stellung der Frauen im altrœmischen und germanischen Recht,* in Lazarus und Steinthal Zeitschrift für Völkerpsychologie, III, 1865, p. 137-194. — *Ueber den Begriff des bona gratia divortium,* par Max Cohn, dans la Zeistchift für Rechtsgeschichte, XIII, p. 411.

c'est sous l'influence de ces lois que les jurisconsultes ont toujours défini la jurisprudence *divinarum atque humanarum rerum notitia.* Toutefois, le droit romain s'est dégagé, d'assez bonne heure, des principes religieux et est devenu une législation purement civile. C'est incontestablement une des causes de sa supériorité sur les autres législations de l'antiquité. Le mariage notamment y est organisé comme une institution purement civile, mais d'ailleurs l'usage des solennités religieuses, sans être exigé ni même reconnu par la loi, s'était maintenu dans les mœurs pour donner plus de pompe et de publicité à un acte que l'on considérait, avec raison, comme un des plus graves de la vie. Quoique l'organisation de la famille reposât sur la puissance paternelle, la loi civile s'était attachée à entourer les justes noces de conditions sévères pour en relever la dignité et l'importance ; c'est qu'en effet, elles étaient, avec l'adoption, la principale source d'où naissait la puissance paternelle. Le droit romain reconnaissait encore d'autres unions, le concubinat qu'il ne faut pas confondre avec le concubinage, le *matrimonium juris gentium* pour les peregrini, le *contubernium* entre esclaves. Mais le législateur romain avait conservé toute sa sollicitude pour les justes noces. Le concubinat, sorte d'union morganatique, ne donnait pas au père la puissance sur son enfant et reléguait la femme à un rang fort inférieur dans la vie sociale (1).

(1) La question de savoir quels étaient les effets produits par le concubinat dans le droit classique, a soulevé de très vives controverses parmi les interprètes du droit romain. Tout le monde n'admet pas qu'on y ait attaché la preuve de la paternité, au moins avant les constitutions des empereurs d'Orient sur la légitimation. (Comp. Pothier, *Du contrat de mariage,* n° 9 et suiv.) Pothier cite (n° 8) un canon du concile de Tolède, tenu l'an 400, où il est dit (cap. 17) : « Qui non habet uxorem, et pro uxore concubinam habet, a com-

Sauf exception pour les mariages par *confarreatio*, qui tombèrent en désuétude dès la fin de la République, les justes noces étaient un acte purement civil, formé par le consentement et la *deductio uxoris in domum mariti*, en dehors de toute intervention de l'autorité publique. Les jurisconsultes romains en donnent une définition aussi belle que vraie: *Individua vitæ consuetudo*. Les justes noces étaient soumises à des conditions nombreuses, établies dans l'intérêt des époux, de leur famille et de l'Etat (1). On appelait *jus connubii* la faculté qui existait entre deux personnes de pouvoir s'unir par les liens du mariage. Ce *jus connubii* était à l'origine soumis à de nombreuses restrictions : dans la suite, on en supprima quelques-unes, mais sans jamais compromettre la dignité du mariage (2). Ainsi, dans l'ancien droit romain, les patriciens ne pouvaient se marier qu'entre eux, peut-être aussi avec les latins (3) de même qualité, mais le *jus connubii* ne fut établi entre patriciens et plébéiens que par la loi du tribun *Canuleius, de connubio patrum et plebis* (4). Dans la suite, les latins ayant obtenu le droit de cité, purent aussi contracter de justes noces ; de même tous les Italiens, à la

munione non repellatur, tantum ut unus mulieris, aut concubinæ, ut ei placuerit sit conjunctione contentus. » Voy. l'article de Pilette dans la *Revue historique de droit*, etc., 1865, p. 209 et suiv., et p. 321 et suiv. — Notre savant collègue, M. Gide, vient de lire à l'Institut (Académie des sciences morales et politiques), un très-intéressant mémoire, dans lequel il s'efforce d'établir que le concubinat n'a jamais été chez les Romains une véritable union légitime, que dans les derniers temps seulement, on a fini par reconnaître au profit des enfants naturels quelques effets à cette union.

(1) Voy. le titre des Institutes de Justinien, *De nuptiis* (liv. I, tit. 20.)

(2) Ulpien, liv. V, tit. I, § 2.

(3) Cpr. sur ce point Mommsen, *Staatsverwaltung*, I, p. 53.

(4) Cicéron, *De republica*, 2, 37, 63. — Denys d'Halicarnasse, X, 60 ; XI, 28.

suite de la loi *Julia et Plautia Papiria*. Enfin, sous l'Empire, l'empereur Caracalla ayant conféré la qualité de citoyen à tous les habitants, le *connubium* exista aussi au profit des habitants des provinces (1). A partir de cette époque, les principaux empêchements au *connubium* sont ceux qui existent entre personnes libres et esclaves ou entre parents et alliés à un degré rapproché ; le premier empêchement est absolu, le second, relatif (2).

Pour pouvoir contracter mariage, il fallait avoir atteint quatorze ou douze ans, suivant le sexe. Mais, en fait, les hommes ne se mariaient pas avant d'avoir pris la toge virile et les filles attendaient encore plusieurs années après avoir atteint la nubilité (3).

Celui qui voulait se marier n'était soumis à aucun consentement d'autrui s'il était *sui juris*. Mais les personnes *alieni juris* devaient, à tout âge, obtenir le consentement du *paterfamilias* sous la puissance duquel elles étaient placées. S'il s'agissait d'un petit-fils en puissance de son grand-père, il lui fallait même le consentement de son père *alieni juris*, placé sous la même autorité que lui, tandis qu'une petite-fille n'avait besoin que du consentement de son *paterfamilias*. Cette différence tenait à ce que les enfants de la petite-fille ne pouvaient jamais tomber dans la famille ou sous la puis-

(1) Prudentius c. Symmachum, II, 612 :
Distantes regione plagæ divisaque ponto
Litora conveniunt nunc per vadimonia, ad unum
Et commune forum, nunc per commercia et artes
Ad cœtum celebrem, nunc per genialia fulcra
Externi ad jus conubii ; nam sanguine mixto
Texitur alternis ex gentibus una propago.

(2) Quant aux autres empêchements de mariage, notamment pour les personnes investies de fonctions politiques en province, pour les tuteurs, pour les ravisseurs, cpr. Accarias, *Op. cit.* n° 91 a.

(3) Friedlander, Dastellungen, I, p. 549 et suiv.

sance de leurs ascendants paternels. Les enfants du petit-fils qui se mariait pouvaient, au contraire, se trouver un jour sous la puissance de leur grand-père paternel, à la mort du *paterfamilias* actuel, et c'est en vue de cette éventualité qu'on exigeait aussi pour le mariage du petit-fils le consentement de son père ; autrement celui-ci aurait pu avoir un jour des héritiers siens qui ne lui auraient pas convenu (1). D'ailleurs, quelque rigoureuse que fût la puissance paternelle, le *paterfamilias* n'avait pas le droit de marier ceux qui s'y trouvaient soumis, sans leur consentement (2).

Presque toujours le mariage était précédé des fiançailles. Celles-ci s'appelaient *sponsalia*, parce qu'elles se formaient par les paroles suivantes : *spondes-ne*, *spondeo* (3). Ces fiançailles se contractaient souvent longtemps avant le mariage ; parfois même, les enfants ne pouvaient pas les contracter eux-mêmes tant ils étaient jeunes et c'étaient leurs parents qui les passaient pour eux. Ainsi, Vipsania Agrippina fut fiancée à Tibère, alors qu'elle était à peine âgée d'un an, *vix annicula* (4). La loi reconnaissait certains effets civils aux fiançailles (5), mais sans jamais autoriser l'un des fiancés à contraindre l'autre au mariage. Chacun pouvait, au contraire, rompre unilatéralement les fiançailles, même sans motif, sauf a encourir certaines condamnations (6).

(1) Gaïus, I, 67, 80. — Ulpien, liv. V, tit. 1, § 2. — L. 16, § 1. De ritu nuptiarum 23, 2.

(2) L. 2, De ritu nuptiarum, 23, 2.

(3) Plaut. Aul., II, 2, 77 : Meg. Quid nunc ? etiam mihi despondes filiam ? — Eucl. illis legibus, tum illa dote, quam tibi dixi. — Meg. sponden ergo ? — Eucl. Spondeo. — Terence, Andr. I, 1, 75. — Varron, de lingua latina, VI, 69, 72

(4) Nepos *Att.* 19. — Voy. Friedlander, op. cit., p. 549.

(5) Cpr., L. 12, § 1. De ritu nuptiarum, 23, 2.

(6) L. 101, § 1. De verborum significatione, 50, 16 : Divortium inter virum et uxorem fieri dicitur, repudium vero sponsæ remitti videtur.

Les fiançailles se formaient par le seul échange des consentements (1) ; la loi n'exigeait ni la présence de témoins, ni la rédaction d'un écrit (2). Mais dans la pratique, les mœurs avaient introduit certains usages qui, par leur origine, se rattachaient à des institutions juridiques. Ainsi, en fait, les fiançailles se contractaient en présence de témoins, probablement pour en rendre la preuve plus facile. Lorsque le vieux Caton voulut se marier pour la seconde fois, il fit ses fiançailles au *forum* et en présence de témoins (3). Ces témoins portaient-ils le nom de *sponsores*, ou bien ce mot désignait-il, pour les fiançailles comme dans les autres contrats, des personnes qui garantissaient l'exécution des engagements échangés ? C'est là un point fort douteux à cause de l'insuffisance des textes (4). Par imitation de ce qui se pratiquait dans le contrat de vente, le fiancé donnait, à titre d'arrhes, à sa fiancée, une somme d'argent ou un anneau (5). La fiancée portait cet anneau au quatrième doigt comme gage de la foi promise ; aussi s'appelait-il *pignus* (6). Sous l'empire, l'usage de rédi-

(1) L. 7 pr. et L. 11 de sponsalibus, 23, 1.
(2) L. 7, § 1. De sponsalibus, 23, 1.
(3) Plutarque, Caton, 24.
(4) Macrob. sat., I, 6, 29 : Nam Asinæ cognomentum Corneliis datum est, quoniam princeps Corneliæ gentis empto fundo seu filia data marito, cum sponsores ab eo solemniter poscerentur, asinam cum pecuniæ onere produxit in forum, quasi pro sponsoribus præsens pignus.
(5) On sait que, dans les ventes, il était donné, arræ nomine, soit une certa summa, soit un anulus. L. 11, § 6, de actionibus empti et venditi. 19, 1. — L. 6 et 8, de lege commissoria, 18. 3. — L. 5, § 15. De institoria actione, 14, 3. Ce dernier texte est ainsi conçu : Si institor, cum oleum vendidisset, anulum arræ nomine acceperit, neque eum reddat, dominum institoria teneri.
(6) Juvénal, VI, 27. — Isidor., *de eccles. offic.*, II, 20, 8 : Quod in primis anulus a sponso sponsæ datur, fit hoc nimirum vel propter mutuæ fidei signum vel propter id magis, ut eodem pignore eorum corda jungantur. Unde et quarto digito anulus idem inseritur.

ger des écrits pour constater les fiançailles devint de plus en plus fréquent. La rédaction de ces écrits, indistinctement appelés *tabulæ nuptiales* ou *sponsales*, était précédée de fêtes, et à cette occasion, des cadeaux étaient offerts à la fiancée comme le jour même du mariage (1).

Nous allons voir que pour le mariage il existait aussi, à côté des formalités du droit civil, des usages et des solennités destinées à relever la dignité des justes noces. Les formes du mariage variaient suivant que la femme restait dans sa famille ou entrait dans celle du mari. Lorsque la femme devait, malgré le mariage, rester *sui juris* ou sous la puissance de son *paterfamilias*, le seul échange des consentements, suivi de la *deductio uxoris in domum mariti* suffisait. La femme devait-elle, au contraire, rompre ses liens d'agnation et tomber sous la puissance de son mari que l'on appelait la *manus*, alors d'autres formalités étaient encore nécessaires. On sait que, par l'effet de la *manus*, la femme *sui juris* devenait *alieni juris* et que, si elle était placée jusqu'alors sous la puissance de son *paterfamilias*, elle en sortait ainsi que de sa famille pour entrer dans celle du mari ; elle devenait vis-à-vis de celui-ci *filiæ loco* et, par exemple, tout son patrimoine était acquis au mari, si elle était *sui juris* auparavant, mais aussi, elle acquérait, dans la succession de son mari, les mêmes droits qu'une fille en puissance (2). Or, la *manus* résultait de trois circonstances : le mariage par *confarreatio*, le mariage avec *coemptio*, l'*usus*.

(1) Suétone, *Octave*, V, 3. — Pline, *Epist.*, I, 9. — Sénèque, *De beneficiis*, IV, 39, 3. — Pline, *Histoire naturelle*, IX, 117. — L. 25. Depositi. 16, 3.

(2) Gaïus, I, 111, 114, 136 ; II, 98, 139, 159 ; III, 83. — Denys d'Halicarnasse, II, 25. — Cic. Top., IV, 23 : Cum mulier viro in manum convenit, omnia, quæ mulieris fuerunt, viri fiunt dotis nomine.

Le mariage par *confarreatio* était une union à la fois civile et religieuse qui se contractait devant le *pontifex maximus* et le *flamen dialis*, en présence de dix témoins. Avant de le célébrer, on consultait les auspices et un sacrifice était offert aux dieux. Le mariage ainsi contracté s'appelait *confarreatio* à cause d'un pain de farine que les époux devaient rompre et manger ensemble (1). Ce qui caractérise le mariage par *confarreatio*, ce ne sont pas les auspices, le sacrifice et les autres cérémonies religieuses, car l'usage avait introduit ces pratiques dans tous les mariages, mais c'est l'intervention du *pontifex maximus* et du *flamen dialis* comme représentant à la fois l'Etat et la religion. On dit encore aujourd'hui que la *confarreatio* est la plus ancienne forme du mariage. Ce qui est certain, c'est qu'elle était réservée aux patriciens, et dès lors il devait exister d'autres formes du mariage pour les plébéiens. Comme la *coemptio* et comme l'*usus*, elle plaçait la femme sous la *manus* de son mari, et, de plus, elle attribuait aux enfants nés des *confarreati* l'aptitude spéciale et exclusive aux fonctions de flamines de *Jupiter*, de *Mars* ou de *Quirinus* ou de *reges sacrorum*. Il est possible que cette forme de mariage ait été aussi imposée dans les premiers temps pour la conservation et la transmission des *sacra privata*, c'est-à-dire du culte de la famille ou de la gens (2); mais

(1) Gaïus, I, § 112, ainsi rétabli par Studemund : Farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii quod fovi farreo fit : in quo farreus panis adhibetur, unde etiam confarreatio dicitur. Conplura præterea huius iuris ordinandi gratia cum certis et solemnibus verbis, præsentibus decem testibus aguntur et fiunt. Quod ius etiam nostris temporibus in usu est : nam flamines maiores, id est Diales, Martiales, Quirinales, item reges sacrorum nisi ex farreatis nati non leguntur : ac ne ipsi quidem sine confarreatione sacerdotium habere possunt. *Cpr.* Ulpien, IX, 2. — Pline, *Histoire naturelle,* XVIII, 10.

(2) Cpr. Mommsen, *Staadverwaltung*, III, p. 128.

il ne faut pas confondre avec ces *sacra privata*, le culte des *larres* et des *penates* qui était commun aux familles patriciennes et aux familles plébéiennes. L'intervention des prêtres dans la *confarreatio* donnait au mariage le caractère d'un acte à la fois de droit public et de droit privé ; aussi est-il permis de conjecturer que ce mariage ne se contractait pas au domicile de l'un ou de l'autre des époux ni de leurs parents, mais au moyen d'une cérémonie publique et de même que dans les anciens temps, l'adrogation et le testament devaient être passés dans les comices par curie, de même aussi, il est probable que la *confarreatio* s'accomplissait dans la curie en présence des dix *gentes* ; celles-ci ont été plus tard remplacées par les dix témoins dont parle Gaïus (1). Ces solennités étaient d'autant plus nécessaires, qu'il fallait constater avec certitude quelles personnes étaient capables de servir les *sacra publica* et les *sacra privata*. Les enfants, nés de ces mariages, seuls aptes à ces fonctions, s'appelaient *patrimi* et *matrimi*. D'ailleurs ces mariages, à la fois civils et religieux, tombèrent de bonne heure en désuétude, dès la fin de la République. Tacite nous rapporte qu'au temps de Tibère, en l'an 776, on eut beaucoup de peine à trouver dans Rome, trois patriciens issus *ex confarreatis nuptüs* parmi lesquels on put choisir, suivant l'ancien usage, un flamine de Jupiter. Parmi les causes qui avaient fait abandonner la *confarreatio*, Tacite indique la répugnance des pères à perdre leur puissance au profit du mari et celle des femmes *sui juris* à tomber *in manum mariti*. Aussi fit-on un senatus consulte aux termes duquel la femme d'un flamine de Jupiter,

(1) Gaïus, I, 112.

tout en suivant le culte de son mari, ne tomberait plus sous sa puissance civile (1).

Sauf le cas de *confarreatio*, les justes noces, même avec *manus*, étaient un acte privé et non public, civil et non religieux ; l'autorité publique n'y prenait aucune part. Lorsqu'on voulait contracter des justes noces avec *manus* au profit du mari, il fallait prendre la forme civile de la *coemptio*. C'était une vente solennelle et symbolique, en présence de cinq témoins et d'un *libripens* que le *paterfamilias* faisait de la personne de sa fille au futur mari (2). D'ailleurs ce contrat suppose aussi le consentement de la fille et non pas seulement celui du *paterfamilias* (3). Lorsque la femme est *sui juris*, elle fait elle-même mancipation de sa propre personne, mais pour tomber *in manum*, la femme *sui juris* a besoin de l'*auctoritas tutoris*. D'un autre côté, les formes de la *coemptio* diffèrent sous un rapport de celle de la mancipation ordinaire : l'acquéreur ne pro-

(1) Tacite, *Annales*, IV, 16 : Sub idem tempus de flamine Diali in locum Servii Maluginensis defuncti legendo, simul roganda nova lege disseruit Cæsar, nam patricios confarreatis parentibus genitos tres simul nominari, ex quis unus legeretur vetusto more ; neque adesse, ut olim, eam copiam, omissa confarreandi adsuetudine aut inter paucos retenta ; pluresque ejus rei causas afferebat, potissimam penes incuriam virorum feminarumque : accedere ipsius cærimoniæ difficultates, quæ consulto vitarentur. — Cpr. Gaïus, I, § 136.

(2) Gaïus, I, 113, Ed. Studemund : Coemptione vero in manum conveniunt per mancipationem, id est per quandam imaginariam venditionem : nam adhibitis non minus quam V testibus civibus Romanis puberibus, item libripende, emit mulierem, cuius in manum convenit.

(3) Bœthius ad Cic. Top, p. 299 : Coemptio vero certis solemnitatibus peragebatur, et esse in commendo invicem interrogabant, vir ita : an sibi mulier materfamilias esse vellet ? Illa respondebat, velle. Item mulier interrogabat, an vir sibi paterfamilias esse vellet ? Ille respondebat, velle. Itaque mulier viri conveniebat in manum et vocabantur hæ nuptiæ per coemptionem et erat mulier materfamilias viro loco filiæ. Quam solemnitatem in suis institutis Ulpianus exponit.

nonce pas les mêmes paroles que s'il s'agissait pour lui d'acquérir la propriété d'un esclave ou le *mancipium* sur un fils de famille, et grâce à cette différence, la femme ne se trouve pas un seul instant et même pour la forme placée *in servili causa* comme le fils de famille que son père mancipe (1). On a prétendu, mais sans donner de preuves à l'appui, que le mariage avec *coemptio* était réservé aux plébéiens comme le mariage par *confarreatio* aux patriciens. En admettant que cette conjecture ait été vraie à une époque ancienne, elle dût cesser de l'être le jour où les mariages furent permis entre les deux ordres, et à plus forte raison lorsque la *confarreatio* eut perdu son antique effet. On aura remarqué que la *manus* et le mariage résultent d'un seul et même acte dans la *confarreatio*. Au contraire, le mariage avec *coemptio* peut se décomposer en deux actes distincts : l'échange des consentements qui forme les justes noces, et la *coemptio* qui donne naissance à la *manus*. La mancipation n'est ici qu'un moyen de produire la *manus* ; elle n'est nullement nécessaire pour la formation du mariage. Cela est tellement vrai que la femme peut tomber *in manum* d'un autre que de son mari, ce qui fait dire à Gaïus que la *coemptio* a lieu *aut matrimonii causa, aut fiduciæ causa* (2).

(1) Gaïus, I, 113 et 123.

(2) Gaïus, 1, 114 : Potest autem coemptionem facere mulier non solum cum marito suo sed etiam cum extraneo ; unde aut matrimonii causa facta coemptio dicitur aut fiduciæ causa. — Nous connaissons trois effets de la *manus fiduciæ causa :* 1° *Tutelæ mutandæ causa* (Gaïus, I, 115) ; 2° *Testamenti faciendi gratia* (Gaïus, I, 115, a) ; 3° *Sacrorum interimendorum causa* (Cicéron, *pro Murena,* 12). Nous ne pouvons indiquer ici ces effets avec plus de détails ni ceux de la *manus matrimonii causa,* car notre travail se limite à l'étude de la formation du mariage. Nous renvoyons sur ces points au Précis de droit romain de notre savant collègue M. Accarias, t. I, p. 282 de la 3° édition.

Lorsque le mariage avait lieu sans *coemptio*, la condition civile de la femme n'était pas modifiée ; elle restait dans sa famille, *sui juris* ou *alieni juris*, comme auparavant ; mais au bout d'un an, la femme *alieni juris* tombait encore *in manum mariti* par l'*usus*, c'est-à dire au moyen d'une véritable usucapion réalisée au profit du mari, en vertu de la possession de sa femme. De même que la propriété des choses mobilières s'acquérait par une possession prolongée pendant une année, de même par une cohabitation continuée, le mari acquérait la *manus* sur sa femme, que ni la *confarreatio* ni la *coemptio* n'avaient placée sous sa puissance. Mais en découchant trois nuits de suite dans la même année, la femme prévenait ce résultat ; il y avait alors interruption de l'usucapion (*usurpatio*). Telles étaient du moins les dispositions de la loi des Douze Tables ; déjà à l'époque de Gaïus, on ne les considérait plus que comme un souvenir historique. Les lois ou les mœurs les avaient fait disparaître (1). Comme la femme *sui juris* ne pouvait pas faire *coemptio* de sa personne sans l'*auctoritas tutoris*, il suit de là que la femme *sui juris* ne tombait jamais *in manum mariti* par l'effet de l'usus ; cet effet était limité aux femmes *alieni juris*. L'*auctoritas* du tuteur devant être interposée *in ipso actu* et supposant la prononciation de paroles solennelles, on ne la conçoit qu'appliquée à un acte positif ; on ne la conçoit pas validant les résultats d'une simple inaction prolongée (2).

La *coemptio* dura plus longtemps que l'*usus*. Alors que celle-ci était déjà tombée en désuétude au temps de Gaïus, on employait encore la forme du mariage avec

(1) Gaïus, I, 111. — Aulu-Gelle, III, 2.
(2) Cicéron, *pro Flacco*, 34.

coemptio, et il paraît que cette forme était usitée même au temps d'Ulpien (1). Mais à l'époque des jurisconsultes classiques, c'est le mariage *solo consensu* et avec *deductio uxoris in domum mariti* qui est devenu la règle. Le consentement des parties n'a pas besoin d'être soutenu par une cohabitation effective ; de nombreux textes, posent en principe que le mariage résulte du *consentius* et non pas du *concubitus* (2). Mais il est généralement admis aujourd'hui que le consentement des parties n'était pas le seul élément constitutif du mariage et ne suffisait pas à sa formation. Il fallait de plus la *deductio uxoris*, c'est-à-dire la mise de la femme à la disposition de son mari. Les auteurs discutent encore de nos jours sur le point de savoir si cette *deductio* constitue une formalité propre au mariage ou si elle n'est pas une sorte de tradition de la femme ; c'est là une pure subtilité. Ce qui est certain, c'est que les jurisconsultes romains n'ont jamais considéré le mariage comme un contrat *re* dans le sens rigoureux de ce mot,

(1) Gaïus, I, 111, dit en parlant de l'*usus :* sed hoc totum jus partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est. — Pour la *coemptio,* il s'exprime autrement : Coemptione in manum conveniunt per mancipationem (I, 113), et un peu plus loin il décrit la mancipation (I, 119). Les textes nous permettent ainsi d'indiquer d'une manière précise dans quel ordre ont disparu les trois cas de *manus,* mais il n'est pas possible de dire avec certitude, s'ils ont pris naissance à la fois ou successivement. Les opinions émises sur ce dernier point sont de pures conjectures. Les uns ont prétendu que la *confarreatio* est la plus ancienne forme de la *manus* et la *coemptio* la plus récente, en se fondant sur ce que celle-ci existe encore au temps de Gaïus (Bœcking, *Pandecten,* I, 179. — Marquardt, *Das Privatleben der Romern,* p. 37). D'autres s'appuient sur ce que la vente est la forme primitive du mariage chez tous les peuples de la race indo-européenne, pour prétendre que la *coemptio* est aussi ancienne que la *confarreatio* et l'a peut être même précédée. (Rossbach, *Romisches Ehe,* p. 198 et suiv.)

(2) L. 32, § 13. *De donationibus inter virum et uxorem,* 24, 1. — L. 15, *De conditionibus et demonstrationibus,* 35, 1. — L. 30, *De regulis juris,* 50, 17.

pas plus qu'ils n'ont eu l'idée de placer l'adoption dans les contrats, bien qu'elle suppose aussi un échange de consentements. Mais que la *deductio uxoris* soit une sorte de tradition, c'est ce qu'il nous paraît difficile de contester sérieusement, d'autant plus que l'idée attachée à la tradition était très large à l'époque des jurisconsultes classiques, et que la tradition d'une chose était parfaite par cela seul que cette chose était mise à la disposition de celui qui devait l'acquérir (1). Sans doute, à parler rigoureusement, la femme n'était pas susceptible de possession (2), mais n'avait-on pas plus d'une fois étendu aux personnes des principes relatifs aux biens ? Si la *deductio uxoris* ne se dégage pas toujours bien nettement des textes des jurisconsultes romains, c'est parce qu'en fait elle était comprise dans ces nombreuses solennités qui accompagnaient le mariage et qui ne présentaient pourtant aucun caractère juridique. Mais il existe un texte du jurisconsulte Pomponius qui prouve bien la nécessité de la *deductio* (3). D'après ce texte, l'homme se marie valablement quoi qu'éloigné du lieu de son domicile, pourvu que la femme y soit présente ; en effet, le mari ayant donné son consentement par lettres ou autrement, rien ne s'opposera à la *deductio uxoris in domum mariti* ; mais au contraire, l'absence de la femme rend le mariage impossible malgré la présence du mari.

Ces formes un peu brutales et sèches du droit civil disparaissaient dans les fêtes ou dans les solennités que l'on donnait pour rehausser l'éclat des justes noces.

(1) § 44 et 45, *J. de divisione rerum*, 2, 1. — L. 79, *De solutionibus*, 46, 3.

(2) Gaïus, II, 90.

(3) L. 5, *De ritu nuptiarum*, 23, 2. — Cpr. Paul, *Sent.*, II, 19, 8.

Ces solennités étaient les mêmes pour tous les mariages entre citoyens romains ; il n'y avait plus lieu de distinguer ici entre les mariages avec *manus* et les autres. De plus, la plupart de ces solennités étaient empruntées aux anciennes formes de la *confarreatio*, seulement la loi ne leur reconnaissait aucun effet juridique. Au lieu de se contracter, comme entre *confarreati*, devant la curie ou des témoins officiels, les mariages ordinaires se faisaient aux domiciles du *pater familias* de la fiancée et du mari ; le grand-prêtre était remplacé par le *paterfamilias*, les auspices publics par des auspices privés, et il était célébré un sacrifice aux dieux. Ces anciennes solennités du mariage nous ont été révélées surtout par une foule d'images gravées sur des sarcophages, et que Rossbach s'est attaché à réunir dans un travail du plus haut intérêt (1). Ces images, toutefois, ne nous font connaître que deux solennités du mariage, la *dextrarum junctio* et le sacrifice. Elles appartiennent aux deuxième, troisième et quatrième siècles de notre ère, et sont souvent l'œuvre d'artistes grecs qui ont introduit les divinités de leur pays. Aussi, ne nous font-elles pas connaître d'une manière complète ni exacte les anciennes solennités du mariage propres aux Romains. Les renseignements donnés par les auteurs classiques sont beaucoup plus précieux et plus variés.

Ces solennités des justes noces n'étaient observées qu'autant qu'il s'agissait du mariage d'une jeune fille ; on ne les suivait pas pour les noces des veuves, qui étaient toujours vues avec une certaine défaveur (2).

(1) Rossbach, *Roemische Hochzeits und Ehe Denkmaeler*, Leipsig, 1871.
(2) Plutarque, *Questions romaines*, 105. — Valère Maxime, II, 13

Quand on voulait contracter un mariage, il fallait avant tout en déterminer le jour, car certaines époques de l'année n'étaient pas propices aux justes noces dans les croyances religieuses (1). Déjà, quelque temps avant le mariage, la fiancée quittait ses vêtements de jeune fille *(toga prætexta)* et les offrait avec ses objets d'amusement aux dieux, notamment aux lares de la maison paternelle (2). On la revêtissait d'une *tunica recta* (3); sa taille était ornée d'une ceinture de laine *(singulum)*, et on lui plaçait sur la tête un voile rouge *(flammeum)* qui remplaçait le filet des jeunes filles (4). Ses cheveux étaient tressés d'une manière spéciale, retenus par une épingle symbolique appelée *hasta celibaris*, et ornés d'une couronne de fleurs (5).

IV, 3, 3. — Plutarque, *Tiberius Gracchus*. Dans les inscriptions funéraires, on a toujours soin de relever comme une vertu que la femme s'est contentée d'un mari. (Orelli, 2742, 4530.) — Renier, *Inscriptions de l'Algérie*, 1987 : *Geminici Ingenua unicira*. — Boissier, *Inscriptions*, p. 493 : *Diis Manib(us) et memoriæ septiciæ Geminæ feminæ sanctis(simæ) unius(que) marita(e)*.

(1) Marquardt a relevé avec soin les jours où le mariage était permis, ceux où il était interdit, *Privatleben der Romern*, p. 42.

(2) Schol, *Cruq. ad. Hor. sat.*, 1, 5, 69: egressi annos pueritiæ iam sumpta toga diis Penatibus bullas bullas suas consecrabant ut puellæ pupas. — *Persius*, 2, 70 : Veneri donatæ a virgine pupæ. — *Varro ap. schol. ad. h. l.* : Solebant virgines antequam nuberent quædam virginitatis suæ dona Veneri consecrare.

(3) Pline, *Histoire naturelle*, VIII, 194.

(4) Marquardt, *op. cit.*, p. 42 et suiv., où l'on trouvera toutes les autorités citées à l'appui. — Mongez, *Recherches sur les habillements des anciens dans les mémoires de l'Institut*, vol. IV, 1818, p. 241 et suiv.

(5) *Festi ep.*, p. 62 et 63. On lit notamment dans ce passage : Cœlibari hasta caput nubentis comebatur, quæ in corpore gladiatoris stetisset abjecti occisique ut, quedmadmodum illa conjuncta fuerit cum corpore gladiatoris, sic ipsa cum viro sit; vel quia matronæ Junonis Curitio in tutela sint, quæ ita appellabatur a ferenda hasta, quæ lingua Sabinorum Curis dicitur ; vel quod fortes viros genituras ominetur ; vel quod nuptiali jure imperio viri subjicitur nubens, quia hasta summa armorum et imperii est. Quam ob causam viri fortes ea donantur et captivi sub eadem veneunt quos Græci δορνα λώτους et δορυκτήτους vocant.

On commençait les fêtes des justes noces en consultant les auspices dès la première heure du matin (1).

Dans les anciens temps, on observait le vol des oiseaux (2); le tonnerre et les éclairs étaient de mauvais présages et faisaient remettre les noces, au moins celles qui se contractaient par *confarreatio,* comme ils décidaient les magistrats à ne pas tenir les comices (3). Plus tard, on offrit un premier sacrifice, ordinairement d'une brebis; les aruspices consultaient ses entrailles et la peau de la victime était mise à part pour servir dans les solennités de la *confarreatio;* c'était seulement après la réunion des invités et des témoins qu'on consultait ensuite les auspices (4). Ces solennités terminées, alors avait lieu l'échange des consentements et on dressait les *tabulæ nuptiales* ou *instrumenta dotalia.* Ces écrits étaient utiles pour constater la dot, et par cela même l'existence du mariage, mais ils n'étaient pas nécessaires pour la formation du contrat. L'échange des consentements était seul imposé par la loi (5).

Les écrits étaient dressés et les consentements donnés

(1) *Serv. ad Aen.,* IV, 45 : Nuptiæ enim captatis fiebant auguriis. Cpr. *Serv. ad Aen.,* IV, 340 : Maiores omnia auspicato gerebant; I, 346 : nihil nisi captatis faciebant auguriis. — Cicéron, *De div.*, I, 2, 3 : Nihil publice auspiciis nec domi nec militiæ gerebatur. — Valère Maxime, II, 1, 1 ; Apud antiquos non solum publice sed etiam privatim nihil gerebatur nisi auspicio prius sumpto.

(2) Pline, *Hist. nat.*, 10, 21 : Accipitrum genera sedecim invenimus ; ex iis ægithum prosperrimi auguri nuptialibus negotiis.

(3) *Serv. ad Aen.*, IV, 166, 339.

(4) *Serv. ad Aen.*, III, 136 : Apud veteres neque uxor duci neque ager arari sine sacrificiis peractis poterat. — Cpr. Suétone, Claude, 26 : dote inter auspices consignata. — Tacite, *Annales*, 11, 27 : atque illam audisse auspicum verba. — Juvénal, 10, 336 : venit cum signatoribus auspex. — Tacite, *Annales*, 15, 37 : inditum imperatori flammeum, visi auspices, dos et genialis torus et faces nuptiales.

(5) Quintilien, V, 11, 32 : Nihil obstat, quominus justum matrimonium sit mente coeuntium, etiamsi tabulæ signatæ non fuerint ; nihil enim proderit signasse tabulas, si mentem matrimonii non fuisse constabit.

en présence de dix témoins. Ces témoins n'étaient imposés par la loi, comme on l'a vu plus haut, que dans les mariages avec *confarreatio*, mais les mœurs avaient étendu cette formalité même aux autres mariages (1). C'est aussi à ce moment qu'avaient lieu les formalités de la *coemptio* dans les mariages civils avec *manus*, et que, à l'origine, dans les mariages avec *confarreatio*, plus tard dans tous les mariages avec *manus*, l'épouse prononçait la formule : « *Quando tu Gaius ego Gaia* », pour manifester l'intention de prendre le nom, la famille et les dieux de son mari (2). Ensuite, une femme mariée qui n'avait jamais convolé à d'autres noces *(pronuba)*, réunissait les deux époux, qui se donnaient la main (3). On procédait alors à un nouveau sacrifice; c'était, à proprement parler, le principal; il était exigé dans le mariage par *confarreatio*, où il consistait en fruits et en un pain de farine offert à Jupiter (4); le *flamen dialis* récitait des prières dans lesquelles il invoquait en faveur des époux les dieux protecteurs du mariage, en particulier Junon, et aussi les divinités agraires : Tellus, Picumnus et Pilumnus (5).

Pendant la durée du sacrifice, les deux époux se tenaient assis sur deux siéges liés l'un à l'autre, et sur

(1) Ambrosius, *de lapsu virginum*, 5 : Nam si inter decem testes confectis sponsalibus, nuptiis consummatis, quævis femina vero conjuncta mortali non sine magno periculo penetrat ad adulterium.

(2) Plutarque, *Questions romaines*, 30. — Cicéron, *Pro Murena*, XII, 27.

(3) Festus, p. 242 b : Pronubæ adhibentur nuptis, quæ semel supserunt, ut matrimonii perpetuitatem auspicantes. — *Serv. ad Aen.*, 4,166 : Varro pronubam dicit, quæ ante nupserit quæque uni tantum nupta est, ideoque auspices deliguntur ad nuptias.

(4) Gaïus, I, 112. — Denys d'Halicarnasse, II, 25. — *Serv. ad Gel.*, 31, per fruges et molam salsam conjungebantur.

(5) *Serv. ad Aen.*, IV, 58; IV, 166.

lesquels on avait jeté la peau de la brebis immolée (1). Cette dernière partie des formalités religieuses accomplie par le *flamen dialis* était propre à la *confarreatio*.

Dans les autres mariages, le sacrifice portait non sur un pain de farine et des fruits, mais sur un animal, ordinairement une génisse ou un porc; les prières étaient prononcées non par un prêtre, mais par l'*auspeix nuptiarum*, qui n'invoquait pas les dieux agraires, mais seulement ceux qui étaient protecteurs du mariage (2). Les cérémonies religieuses se terminaient par l'acclamation des époux à laquelle prenaient part tous les assistants; puis se tenait la *cena*, le repas des noces, ordinairement au domicile du père de la mariée (3). Il se prolongeait jusqu'à l'approche de la nuit. A ce moment on procédait à la *deductio uxoris in domum mariti*. Cette *deductio* était entourée de solennités qui remontaient, pour la plupart, à de très anciennes traditions communes à presque tous les peuples de la race indo-européenne. La mariée était enlevée avec emploi d'une violence simulée des bras de sa mère (4), et conduite au domicile de son mari, où l'accompagnait un

(1) *Serv. ad Aen.*, IV, 374 : Mos enim apud veteres fuit flamini et flaminicæ ut (lisez cum) per farreationem in manus convenirent, sellas duas jugatas ovili pelle super injecta poni ejus ovis, quæ hostia fuisset et (lisez ut) ibi nubentes velatis capitibus in confarreatione flamen et flaminica residerent. — *Festi ep.*, p. 114 : In pelle lanata nova nupta considere solet.

(2) Plutarque, *Questions romaines*, 2. — Varro, *De re rustia*, II, 4, 9. — Cpr. Stephani, *Mémoires de l'Académie de Saint-Pétersbourg*, série 6, vol. 8 (1855, p. 370).

(3) Juvénal, II, 119 : Signatæ tabulæ, dictum feliciter ; ingens
Cena sedet, gremio jacuit nova nupta mariti. — Cpr. Brisson, *De form.*, VIII, c. XXIV.

(4) Festus, p. 289 a : Rapi simulatur virgo ex gremio matris aut si ea non est, ex proxima necessitudine, cum ad virum trahitur, quod videlicet ea res feliciter Romulo cessit. — Macrobe, I, 15, 21 : nuptiæ in quibus vis fieri virgini videtur. — Catulle, XLI, 3 : qui rapis teneram ad virum virginem, o Hymenæe.

pompeux cortége de musiciens, de chanteurs, de porteurs de flambeaux, d'invités (1). Arrivée au domicile conjugal, la nouvelle épouse devait oïndre d'huile et de graisse la porte de sa nouvelle maison (2), puis elle franchissait le seuil de la porte (3) et était introduite dans l'*atrium* où son mari la faisait participer à l'eau et au feu pour lui montrer qu'elle allait prendre part à sa vie et à son culte domestique (4). Le lendemain du mariage, la nouvelle épouse recevait, en qualité de matrone, la visite de ses parents et offrait son premier sacrifice aux dieux de son mari ; c'était la fête des *repotia* (5).

On sait quels événements ont donné naissance à la fin de République, à la corruption des mœurs qui n'a pas tardé à précipiter la décadence de l'Empire. Nous ne parlerons ici que de la cause qui tient au droit privé, le divorce.

A Rome, le droit de divorcer a toujours été considéré comme étant de l'essence du mariage. Les jurisconsul-

(1) Pline, *Histoire naturelle*, XV, 86.

(2) *Serv. ad Aen*, IV, 458. — Plutarque, *Questions romaines*, 31.

(3) Plutarque, *Questions romaines*, 29. — Lucain, *Pharsale*, II, 358. — Varro, *de lingua latina*, V, 61.

(4) L. 66. *De donationibus inter virum et uxorem*, 24, 1. — Cette solennité s'appelait *igni et aqua accipere* (*novam nuptam*). — Denys d'Halicarnasse, II, 30. — Varo, *De lingua latina*, V, 61. — Festi, *ép.*, p. 2 : Aqua et igni tam interdici solet damnatis, quam accipiuntur nuptæ, videlicet quia hæ duæ res humanam vitam maxime continent.

(5) Festus, p. 281 a : Repotia, postridie nuptias apud novum maritum (quum) cenatur, quia quasi reficitur potatio. — Aulu-Gelle, II, 24, 14. — Horace, *Stat.*, II, 2, 60. — Symmachus, *épist.*, 7, 19 — Macrob, *sat.*, 1, XV, 22 : Nam quias primus nuptiarum dies verecundiæ datur, postridie autem nuptam in domo viri dominium incipere oportet adiscipi et rem facere divinam, omnes autem postriduam, dies seu post kalendas sive post Nonas, Idusve ex æquo atri sunt, ideo et Nonas inhabiles nuptiis esse dixerunt, ne nupta aut postero die libertatem auspicaretur uxoriam aut atro immolaret, quo nefas est sacra celebrari.

tes déclaraient nulle toute convention qui avait pour objet d'interdire le divorce ou d'obliger l'époux qui voulait y recourir à payer une somme d'argent (1). Le consentement des deux époux n'était même pas nécessaire; la volonté d'un seul suffisait pour opérer le divorce (2). Par exception, le mariage du flamine de Jupiter ne pouvait pas prendre fin par le divorce (3), et Denys d'Halicarnasse (4) affirme que, dans le principe, il en était de même toutes les fois que la femme était tombée sous la *manus* du mari par la solennité de la *confarreatio*. Seulement le mari avait le droit de frapper sa femme de la peine de mort toutes les fois qu'elle s'était rendue coupable d'adultère, du meurtre de ses enfants, de falsification des clés de la maison et enfin d'ivrognerie. De bonne heure, le mariage contracté avec les solennités religieuses de la *confarreatio* n'échappa plus à ce mode de dissolution ; seulement le divorce fut alors soumis à des formalités religieuses d'une imposante sévérité (*diffarreatio*) (5). Les anciennes pratiques religieuses voulaient que le mariage du *flamen dialis* et d'une manière générale toutes les justes noces contractées avec *confarreatio*, fussent indissolubles parce que les époux étaient en pareil cas chargés de véritables fonctions sacerdotales qu'ils devaient remplir toute leur vie; de même les enfants nés de leur mariage n'étaient aptes aux fonctions sacerdotales qu'autant qu'il étaient *patrimi et matrimi* et cette qualité supposait

(1) L. 2, C., *De inut. stipul.*, VIII, 39.
(2) Gaïus, I, 137 a. — Festus, V°, *Remancipatio*. — L. 14, C. *De nuptiis*, V, 4. — Nov. 22, c. 4.
(3) Aulu-Gelle, X, 15, § 22. — Plutarque, *Questions romaines*, 50.
(4) II, 25.
(5) Festus, V° *Diffarreatio*. — Plutarque, *Quest. rom. princip.*, 50. — Cpr. Aulu-Gelle, X, 15.

que leurs parents étaient unis par les liens du mariage. On sait que la même condition était exigée des vestales, même au temps de Tibère ; c'était l'application d'un principe général suivant lequel tout *sacerdos* doit être *casta e castis* (1).

Le divorce, toléré et reconnu par la loi fut longtemps considéré comme inutile ou vu avec défaveur. Tant que les mœurs romaines conservèrent leur sévérité primitive, pendant cinq siècles, on n'usa pas du divorce. On connaît le premier divorce, celui de Carvilius Ruga, qui vivait au commencement du cinquième siècle (2). Trois siècles plus tard, le divorce allait être une source de scandales et de dissolution des mœurs. Le divorce fut ainsi, d'abord inutile, ensuite dangereux. Nous verrons qu'il présenta les mêmes caractères chez nous sous l'empire de la loi du 20 septembre 1792.

Sans doute, les auteurs classiques ont commis des exagérations dans leurs descriptions sur les abus du divorce (3). Mais elles n'en renferment pas moins un grand fond de vérité. On peut voir, dans la *Vie de Caton d'Utique* par Plutarque, de bien étranges détails sur les idées des Romains concernant le mariage. Les femmes elles-mêmes, pendant l'absence de leurs maris, passaient à d'autres noces ; on avait des matrones *multarum nuptiarum* qui pouvaient compter les années, disaient les mauvais plaisants, non pas d'après les fastes des consuls, mais d'après leurs fastes domestiques. Ces exagérations ne reposaient pas moins sur un fond de vérité ;

(1) Tacite, *Annales*, II, 86. — Senèque, *Controv.*, I, 2, 12.
(2) Valère Maxime, *Dicta factaque memorabilia*, II, cap. 1. — Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, IV, 3, § 2; XVII, 21, § 44.
(3) Sénèque, *De benef.*, III, 16. — Juvénal, sat. 11, v. 229.

il résulte des textes des jurisconsultes, tous écrits avec une grande impartialité, que, sous l'empire, le mariage prenait presque toujours fin par le divorce. C'est à cette époque qu'on pouvait répéter ce que le grave Métellus le Macédonique avait déjà dit à ses concitoyens, au temps des Gracques, mais avec une impertinente sévérité : « Romains, si nous pouvions nous passer d'épouses, assurément nul de nous n'accepterait un si fâcheux fardeau ; mais, puisque la nature a fait qu'on ne peut pas vivre aisément avec elles, ni vivre sans elles, sacrifions à la perpétuité de notre nation le bonheur de notre courte vie » (1).

A la suite des guerres qui avaient donné aux Romains l'empire du monde, des richesses immenses s'étaient accumulées entre leurs mains ; le nombre des esclaves hommes ou femmes, était devenu considérable ; les mœurs dépravées de la Grèce avaient remplacé l'austérité des premiers temps. Il n'est pas difficile de comprendre que les citoyens romains, propriétaires d'un grand nombre de filles esclaves, ne tinrent plus compte du devoir de fidélité qui les liait à leurs femmes. Bientôt leur immoralité ne connut plus de bornes (2).

(1) Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, I, 6.

(2) Déjà Plaute disait (Mercat, 805) :

Ecastor lege dura vivunt mulieres
Multoque iniquiore miseræ quam viri.
Nam vir si scortum duxit clam uxorem suam,
Nam vir si rescivit uxor, impunest viro :
Uxor virum si clam domo egressast foras,
Viro fit causa, exigitur matrimonio.

Cpr. Quintilien, V, 11, 35. — Hieronym. *Epist. ad Oceanum* (vol. 1, p. 72, *Ed. Colon*, 1616) : Aliæ sunt leges Cæsarum, aliæ Christi. — Apud illos viris impudicitatiæ frena laxantur et solo stupro atque adulterio condemnato passim per lupanaria et ancillulas libido permittitur, quasi culpam dignitas faciat, non voluntas. Apud nos quod non licet feminis, æque non licet viris. — Augustinus, *De verbis Apost. Serm.* 153, 6, vol. V, p. 507, *Ed Bened.*,

De leur côté, les femmes, délaissées par leurs maris, ne tardèrent pas à imiter ce mauvais exemple et bientôt même elles songèrent à se débarrasser de leurs époux par le poison. En l'an 422, 170 matrones furent convaincues d'empoisonnement et parmi elles figuraient un grand nombre de patriciennes qui avaient contracté de justes noces par *confarreatio* (1) Le consul Piso fut empoisonné par sa femme Quarta Hostilia en l'an 574 de Rome (2). Les deux consuls de l'an 600 subirent le même sort, et, dans les premiers temps de l'empire, le nombre des empoisonnements devint si effrayant, que toute femme coupable d'adultère était présumée empoisonneuse par la clameur publique (3).

Déjà au temps de Cicéron, la corruption des mœurs commençait à se faire jour. Les auteurs classiques nous rapportent de nombreux exemples de mariages compromis par la faute de l'un des deux époux (4).

A la fin de la République et au commencement de l'empire, il était de bon goût de divorcer et de se marier plusieurs fois ; Ovide et Pline le jeune se marièrent trois fois. César et Antoine, quatre ; Cinna et Pompée, cinq ; Tulia,

1700, fol : Quis enim aliquando, habens uxorem, quia ancillam suam vitiavit, crimen invenit ? Id *Serm.*, 224, vol. V, p. 675 : Dicis : Ancilla mea concubina mea est : num quid ab uxorem alienam vado ? An non licet mihi in domo mea facere, quod volo ?

(1) Tite Live, VIII. 18. — Valère Maxime, II, 5, 3. — Saint Augustin, *La cité de Dieu*, III, 17.

(2) Tite Live, XL, 37.

(3) Valère Maxime, VI, 3, 8. — Cpr. Quintilien. V, 11, 39 (M. Cato) : nullam adulteram non eandem esse veneficam dixit. — Juvénal, I, 69, 72. — Cicéron, *Ad Herenn.*, 4, 16, 23. — Senèque, *De ira*, II, 9, 2 ; *Fragm.*, 13, 52. — Lactance, VI, 23, 29 : Quæ iniquitas effecit profecto ut essent adulteria, feminis ægre ferentibus, præstare se fidem non exhibentibus mutuam caritatem. Denique nulla est tam perditi pudoris adultera, quæ non hanc causam vitiis suis prætendat injuriam se peccando non facere, se refere.

(4) On en trouvera une énumération assez complète dans Marquardt, *op. cit.*, p. 67, note 3.

la fille de Cicéron eut trois maris. Une inscription funéraire de l'empire nous parle d'une septième épouse et les auteurs satiriques vont même encore plus loin (1). Il est facile de comprendre qu'au temps d'Auguste beaucoup de citoyens en étaient arrivés à considérer le mariage comme une calamité et à préférer le célibat. Les lois caducaires voulurent remédier à cet état de choses en frappant d'incapacité les *cœlibes* et les *orbi*; mais elles ne firent qu'aggraver le mal. Pour éviter ces incapacités, on contractait des mariages précipités, sauf à les rompre avec la même facilité ; on se mariait moins pour avoir des héritiers que pour être soi-même héritier.

Le divorce avait lieu par consentement mutuel (*bona gratia*) ou par la volonté d'un seul, plus généralement à l'origine, celle du mari (*repudiatio*). Le divorce par consentement mutuel ne fut jamais soumis à aucune forme. Il semble qu'il en était autrement, au moins dans les anciens temps, pour la répudiation. La loi des douze Tables, au dire de Cicéron, contenait une formule pour le mari qui voulait renvoyer sa femme (2). Les auteurs et les jurisconsultes classiques nous parlent aussi de formules employées dans le divorce et qui remontaient probablement au temps de la République (3) ; mais ces formes n'étaient pas obligatoires.

Sans supprimer ces usages, la loi *Julia de Adulteriis*

(1) Marquardt, *op. cit.*, p. 70.

(2) Cicéron, *Phil.*, II, 28, 69 : Illam suas res sibi habere jussit, ex duodecim tabulis claves ademit, exegit.

(3) L. 2, § 1, *De divortiis*, 24, 2 : In repudiis autem, id est renuntiatione, comprobata sunt hæc verba : Tuas res tibi habeto, item hæc : Tuas res tibi agito. — Senèque, *Controv.*, II, 13, 9. — Dans l'*Amphytrion* de Plaute (vers 928), Alcumena dit : Valeas tibi, habeas res tuas, reddas meas. — Martial, II, 104, 1 : Uxor, vade foras aut moribus utere nostris. — Juvénal, VI, 146 : Collige, sarcinulas, dicet libertus, et exi. — Cpr. Brisson, De formulis, VIII, 35.

voulut, qu'à peine de nullité, la répudiation fût faite en présence de sept citoyens romains et pubères (1). Il était, en effet, devenu important de constater la date du divorce. Cette date était le point de départ des délais pendant lesquels l'action était ouverte contre la femme pour cause d'adultère, et elle servait aussi à fixer le temps pendant lequel la femme était dispensée de se remarier sans encourir les peines des lois caducaires. En cas de répudiation, la femme ne pouvait pas aliéner ni affranchir ses esclaves pendant un délai de soixante jours (2), et à ce point de vue encore il importait que la date du divorce fût fixée avec précision.

Nous avons supposé jusqu'à présent que ces mariages, dissous par le divorce, avaient été contractés sans *manus*. Sans doute, le divorce n'emportait pas de plein droit dissolution de cette puissance, mais il obligeait légalement le mari à y renoncer. Quand la *manus* avait été établie par la *confarreatio*, elle se dissolvait par la solennité de la *diffarreatio* (3); de même que la *confarreatio* avait produit à la fois les justes noces et la *manus* de même et par réciprocité la *diffarreatio* mettait fin à la fois à l'un et à l'autre. Quand la *manus* était la conséquence de la *mancipatio* la femme pouvait contraindre son mari à dissoudre cette puissance. On sait que les *mancipationes* pouvaient être accompagnées de clauses accessoires appelées *leges* (4), et toutes les fois notamment qu'une femme *cum extraneo fiduciae causa coemptionem faciebat*, le contrat accessoire de fiducie intervenait (5). Etait-il passé un contrat de ce genre dans

(1) L. 9, *De divortiis*, 24, 2. — L. 1, § 1, *Unde vir*, 38, 11.
(2) L. 22, pr.; L. 14, pr. et § 4, *Qui et a quib manumissi liberi*, 40, 9.
(3) Festus, v° *Diffarreatio*.
(4) Gaïus, I, 140.
(5) Gaïus, I, 115.

la *coemptio cum viro*, Gaïus ne nous le dit pas et il semble, au contraire, résulter de son texte que le divorce seul, obligeait le mari à renoncer à la *manus* au moyen d'une mancipation suivie d'affranchissement. Si un contrat fiducie avait été nécessaire, Gaïus n'aurait pas manqué d'en parler. D'un autre côté on ne voit pas non plus comment la femme aurait pu contraindre son mari à renoncer à la *manus*, toutes les fois que celle-ci serait résultée de l'*usus* si elle n'avait pas tenu ce droit du divorce même (1).

(1) Voici la partie du § 137 de Gaïus relative à notre question, telle qu'elle a été restituée par Huschke : Item remancipatione desinunt in manu esse, et cum ex remancipatione manumissæ fuerint, sui juris efficiuntur et siquidem mulier fiduciæ causam cum extraneo coemptionem fecerit, ipsa eum cogere potest, ut se remancipet; ea viro, quæ cum viro suo coemptionem fecit, si velit ab eo remancipari, eum nihilo magis potest cogere, quam filia patrem. Sed filia quidem nullo modo patrem potest cogere, etiam si adoptiva sit : hæc autem (virum), repudio misso, proinde compellere potest, atque si ei nunquam nupta fuisset.

E. Lois barbares (1).

Chez les barbares, le mariage apparaît le plus souvent sous la forme d'un achat et d'une vente : le mari achète la personne même de sa femme ou peut être le *mundium* à celui qui l'exerce. On voyait ces mariages, appelés *matrimonia venalia*, avec faveur, parce que leur preuve était assez facile. Les mariages contractés autrement étaient parfois, au moins dans l'origine, considérés comme de simples concubinats (2). Mais on ne sait pas d'une manière bien certaine si l'achat portait sur la personne même de la femme ou sur le *mundium*. D'après la loi des Burgondes, le mariage se forme au moyen d'une *desponsatio* à la suite de laquelle un prix d'acquisition est payé par le mari aux parents de la femme, si ceux-ci vivent encore, et, à leur défaut, aux membres de la famille qui, en cas de crime, auraient droit au wergheld de la femme (3). Ce prix s'appelait *nuptiale pretium* ou bien *wittemon*. Lorsqu'une fille se mariait sans le consentement de sa fa-

(1) Cpr. Pardessus, *Loi salique*, 13e dissertation, de la législation du mariage chez les Francs. — Schæffner, *Geschichte des Franzoesischen Rechts*. — Warnkœnig et Stein, *Franzœsische Staats- und Rechtsgeschichte*, II, p. 224. — Zœpfl, *Deutsche Rechtsgeschichte*, III, p. 1 et les auteurs qu'il cite. — Cauvet, *Du mariage des serfs*, dans le *Bulletin* de la Commission archéologique de Narbonne, t. I.

(2) Pour plus de détails, voy. Zœpfl, *Deutsche Rechtsgeschichte*, § 81.

(3) *Lex Burgund.*, LXVI.

mille, son mari devait payer trois fois la valeur du *wittemon* et de plus une amende qui variait suivant sa qualité (1).

La loi des Wisigoths parle aussi d'un *pretium nuptiale*, *pretium dotis*, *dos* (2). Elle fixe même un maximum qui ne peut pas être dépassé pour les personnes de haute qualité : ce maximum est d'un dixième de la fortune (3). De même le fiancé qui n'exécute pas sa promesse de mariage dans les deux ans doit payer une amende. On assimile aussi à l'adultère le fiancé qui viole la foi promise. Mais les fiançailles peuvent être rompues par le consentement mutuel ou pour des motifs légitimes (4). On voit que la forme primitive du mariage s'était altérée et servait maintenant uniquement de prétexte à des libéralités.

Cette forme primitive du mariage, qui a pu être à l'origine une réalité, n'était plus, depuis fort longtemps, considérée que comme un symbole. Déjà, du temps de Tacite, les Germains se formaient une haute idée du mariage et entouraient d'un profond respect les femmes de leurs tribus. Ce que dit Tacite de leurs hommages presque superstitieux envers les femmes est confirmé par trop de témoignages pour pouvoir être sérieusement mis en doute (5). Chez les anciens Germains, les liens de la famille et du mariage étaient solidement établis, on se mariait tard et l'union conjugale avait un caractère sacré. Ainsi ne connaissait-on ni la poly-

(1) *Lex Burgund.*, XII, 3; XXXIV, 2; LII, LXI, LXVI, LXIX, LXXXIV, 2, 3. adn., I, 14.
(2) *Lex Visig.*, III, 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8.
(3) *Lex Visig.*. III, 1, 5.
(4) *Lex Visig.*, III, 1, 2, 3, 4, 6.
(5) Strabon, VIII, 2, 3. — Pour plus de détails, Geffroy, *Rome et les barbares*, 192.

gamie, ni même les unions irrégulières (1). Le mariage constitue une véritable communauté de vie et de biens entre époux. Aussi les libéralités faites à l'occasion du mariage ont-elles, avant tout, pour objet d'assurer la prospérité du nouveau ménage (2). Le prix d'achat, d'abord sérieux, est bientôt devenu une libéralité réservée aux besoins de la femme (3). Au moment de s'unir, la femme est prévenue de la vie nouvelle qui va commencer pour elle. « La femme est avertie par les auspices mêmes qui président à son hymen qu'elle entre dans le partage des travaux et des périls, que sa loi, dans la paix ou dans la guerre, sera de souffrir et d'oser autant que son époux : *Mulier... admonetur venire se laborum periculorumque sociam, idem in pace, idem in prœlio, passuram ausuramque : sic vivendum, sic pereun-*

(1) Tacite, *Germanie*, ch. 18 : Quamquam severa illic matrimonia, nec ullam morum partem magis laudaveris. Nam prope soli barbarorum singulis uxoribus contenti sunt, exceptis admodum paucis, qui non libidine sed ob nobilitatem plurimis nuptiis ambiuntur. — Ch. 19 : Ergo sæpta pudicitia agunt... Paucissima in tam numerosa gente adulteria, quorum pœna præsens et maritis permissa (cpr. Wilda, *Das Strafrecht der Germanen*, p. 823)... Publicatæ enim pudicitiæ nulla venia ; non forma, non ætate, non opibus maritum invenerit. — Ch. 20 : Sera juvenum venus eoque inexhausta pubertas Nec virgines festinantur. — Cæsar, VI, 21 : Qui diutissime impuberes permanserunt, maximam inter suos ferunt laudem.... Intra annum vero vicesimum feminæ notitiam habuisse, in turpissimis habent rebus.

(2) Tacite, *Germanie*, ch. 18 : Munera non ad delicias muliebres quæsita, nec quibus nova nupta comatur, sed boves et frenatum equum et scutum cum framea gladioque. In hæc munera uxor accipitur, atque invicem ipsa armorum aliquid viro affert. Hoc maximum vinculum, hæc arcana sacra, hoc conjugales deos arbitrantur. Ne se mulier extra virtutum cogitationes extraque bellorum casus putet, ipsis incipientis matrimoniis auspicis admonetur venire se laborum periculorumque sociam, idem in pace, idem in prœlio passuram ausuramque. Hoc juncti boves, hoc paratus equus, hoc data arma denuntiant ; sic vivendum, sic pereundum ; accipere se, quæ liberis inviolata ac digna reddat, quæ nurus accipiant rursusque ad nepotes referantur. — Cpr. Grimm, *Rechtsalterthümer*, p. 427.

(3) Waitz, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, I, p. 44.

dum (1). » La femme est traitée dans le ménage comme une véritable maîtresse de la maison ; elle surveille les travaux des champs, prépare les vêtements et les armes de la famille (2). Elle est respectée plus que chez les autres barbares et exerce une influence sérieuse même dans la vie publique (3). Le mari a les droits les plus rigoureux sur sa femme comme sur ses enfants : il peut les chasser, les mettre à mort. Mais il n'exerce son droit que dans les circonstances les plus exceptionnelles, et la douceur des mœurs mitige la rigueur du droit (4). Tacite a aussi décrit le châtiment de la femme adultère : après qu'on lui a rasé les cheveux on la dépouille de ses vêtements ; puis, en présence de ses parents, le mari la chasse de sa demeure et la poursuit à coups de verges par toute la bourgade. Saint Boniface, au VIII[e] siècle, confirme ce récit dans une de ses lettres : « Chez les anciens Saxons, dit-il, on forçait la coupable à se suspendre au gibet et, sur le bûcher où l'on brûlait son corps, on suspendait son complice ; ou bien les femmes assemblées la poursuivaient de village en village en lui déchirant ses vêtements, en la frappant à coups de verges ou même à coups de couteau. Bien plus, ajoute-t-il chez l'humble tribu des Venèdes, la veuve refusait de vivre, et celle-là était fort vantée qui montait volontairement sur le bûcher de son mari (5). » Il est remarquable que le district des monuments mégalithiques présente cet usage en commun avec l'Inde, pays proba-

(1) Voy. la note précédente, Tacite, *Germanie, cap.* XVIII.
(2) Tacite, *Germanie,* ch. 7 et 15.
(3) Tacite, *Germanie,* ch. 8 : Inesse quin etiam sanctum aliquid et providum putant, nec aut consilia earum aspernantur aut responsa neglegunt. Cpr. Grimm, *Mythologie,* p. 84.
(4) Tacite, *Germanie,* ch. 19.
(5) Lettre 19, V. le recueil intitulé *Epistolæ S. Bonifacii... ed. Nicolaus Serarius,* Mayence, 1605.

blement originaire des mêmes monuments et où l'on en rencontre encore. Cet usage, qui ne permettait pas à la veuve de survivre au mariage dissous par la mort de son mari, était répandu chez beaucoup de peuples barbares, et il avait aussi été pratiqué à l'origine chez les nations de l'antiquité classique où il avait disparu de bonne heure sous l'influence de la civilisation ; mais on sait qu'il s'est perpétué jusqu'au commencement de ce siècle dans certaines parties de l'Inde (1).

Au premier abord il semble que chez les peuples où existe une semblable pratique, le divorce ne doive pas être connu, du moins de la part des femmes.

Tacite affirme que les secondes noces étaient défendues ou tout au moins entourées de difficultés (2). Ce qui est certain, c'est qu'après l'invasion de l'empire romain les barbares usèrent largement du divorce.

Le divorce par consentement mutuel était permis avec la plus grande facilité chez les Alamans (3); on ne l'avait soumis à aucune condition et chaque époux promettait même à l'autre de lui payer une somme s'il attaquait le divorce. Il semble que les autres barbares connaissaient aussi cette forme du divorce et qu'ils la conservèrent même après leur conversion au christianisme. Marculfe nous a rapporté une formule de divorce

(1) On peut consulter sur cette coutume du sacrifice souvent volontaire des veuves : dans les Indes, Strabon, XV, 1, 63 ; Cicéron, *Tusculanes,* V, 27 ; Lassen, *Indische Alterthumskunde,* I, 639 ; — chez les anciens Assyriens, Diodore, II, 27 ; — chez les anciens Grecs, Pausanias, IV, 2, 7 ; — chez les anciens Thraces, Hérodote, V, 5 ; *Pomp.,* Mela, II, 2 ; — chez les anciens Gètes, Etienne de Byzance, Γετία. — chez les anciens Germains, J. Grimm, *Kleinere Schriften,* II, p. 286 : *Ueber das Verbrennen der Leichen ; Geschichte der deutschen Sprache,* p. 139 ; — chez les Hérules, Procope, *De Bello gothico,* II, 14, p. 200, ed. de Bonn.

(2) Germanie, ch. 19.

(3) *Lex Alam.* add., 27.

par consentement mutuel : *Idcirco dum et inter illo et conjuge sua.....discordia regnat.... placuit utriusque voluntas ut se a consortio separare deberent... Propterea has epistolas inter se uno tenore conscriptas fieri et adfirmare decreverunt, ut unusquisque ex ipsis, sive ad servitium Dei in monasterio aut ad copulam matrimonii se sociare voluerit, licentiam habeat* (1). « *Qui cum consobrina uxoris suæ manet*, dit un capitulaire, *suæ careat et nullam aliam habeat. Illa mulier, quam habuit, faciat quod vult. Hoc Ecclesia non recipit* » (2). On a conjecturé qu'en cas de divorce par consentement mutuel, si la femme voulait se remarier, son nouveau mari était obligé d'acheter le *mundium* du précédent. Il est resté, a-t-on dit, jusque dans ces derniers temps, un vestige de cette loi dans un usage usité en Angleterre et aux Etats-Unis, où le paysan qui veut divorcer conduit parfois préalablement sa femme au marché public.

Quant au divorce pour des causes déterminées, il est mentionné aussi bien dans les capitulaires que dans les anciennes lois barbares (3). Les causes les plus ordinaires du divorce étaient l'adultère, le meurtre, la magie, la violation de sépulture. L'Eglise permettait aussi, dans ces différents cas, aux époux de se séparer, mais elle leur interdisait de contracter un nouveau mariage, et c'est dans cet usage que se trouve la source de la séparation de corps perpétuelle. Cette institution fut définitivement organisée dès le dixième siècle ; à partir de cette époque, ce furent les principes du droit

(1) Form. II, 30.
(2) Cap. Pépin, a. 753, Pertz, I, 23, c. 18.
(3) *Lex Burg.*, XXXIV, 3. — *Lex Wis.*, III, 6, 3. — *Edict. Theod.*, § 54. — Form. Mabil., 56. — Marc., II, 30. — *Capit. an.* 753, c. 5. — *Pertz*, I, 22.

canonique qui, en général, s'appliquèrent à la dissolution du mariage.

Le mari avait toujours, dans les lois barbares, le droit de répudier sa femme, même par pur caprice; seulement, quand il la renvoyait sans motif, il était tenu de certaines peines. La femme, au contraire, n'avait la faculté de quitter son mari que dans des cas graves et spécialement déterminés. Les lois barbares voulaient d'ailleurs que, sauf le cas d'adultère, la femme répudiée eût son existence assurée. Le mari devait lui laisser la maison et tout ce qu'elle contenait; il était même obligé de lui abandonner l'équivalent du *mundium* et de payer une amende au fisc s'il répudiait sa femme sans aucun motif sérieux (1). D'après les lois galloises (leges Walliæ) le mari doit rendre la dot à sa femme s'il la renvoie avant qu'il se soit écoulé sept jours; après sept jours, depuis le mariage, il faut qu'il lui abandonne la moitié de tout le patrimoine. La loi des Alamans propose des peines pécuniaires et la perte du *mundium* contre le mari qui renvoie sa femme sans juste motif. Quand un chef veut vendre sa femme et la faire passer sous le *mundium* d'un autre il faut le consentement de son supérieur (2).

La loi des Burgondes permet au mari de renvoyer sa femme, à la condition de lui payer le double du *mundium* et douze sous à titre d'amende (3). Mais dans un autre texte, elle semble lui interdire ce droit, car il y est dit que si le mari veut quitter sa femme sans mo-

(1) Lois des Alamans, Laboulaye, p. 153, — des Bavarois, des Lombards, Laférière, p. 151. — Pardessus, p. 680. — Zœpfl, loc. cit., 84.

(2) Leg. Walliæ. Dunet. cod. lib., II, tit. 19, v. 1. – L. Alam. addit. I., c. 30.

(3) *Lex Burgundionum*, XXXIV, 2.

tifs, il doit lui-même abandonner la maison et laisser à sa femme toute sa fortune ainsi que les enfants (1). Cette dernière disposition a été probablement introduite sous l'influence de l'Eglise. De même, d'après la loi des Visigoths, le mari qui renvoie sa femme sans motifs perd la dot, et toute sa fortune va de suite à ses enfants, ou à leur défaut, à sa femme répudiée (2). Il est probable qu'à l'origine, à l'époque où les coutumes germaniques étaient encore pratiquées dans leur entière pureté, le mari pouvait répudier sa femme sans encourir aucune pénalité. Celles-ci ont été introduites sous l'influence de l'Eglise.

La femme n'a pas le droit de répudier son mari. D'après la loi des Burgondes, la femme qui abandonne son mari doit être noyée dans du fumier (3). Tacite disait déjà : « *Si qua mulier maritum suum cui legitime juncta est, dimiserit, necetur in luto* (4). Toutefois, la loi des Alamans admet, dans certains cas, la perte du *mundium* à titre de peine contre le mari, et alors la femme peut se séparer de son mari et se placer à son choix sous le *mundium* de l'un de ses parents ou sous celui du roi. Les cas dans lesquels la femme acquiert ce droit sont : « *Si in animam mulieris insidiaverit; si alii invitam ad maritum tradere voluerit aut volentibus ad ejus violentiam faciendam consensum præbuerit aut consilium dederit; si crimen ei injecerit, quod adulterasset; si eam strigam, quod est mascam clamaverit* » (5). « *Si uxorem suam absque culpam legitimam*

(1) *Lex Burgundionum*, XXXIV, 4.
(2) *Lex Visigothorum*, III, 6, § 1 et 2.
(3) *Lex Bur.*, XXXIV, 1.
(4) *Germania*, cap. 12.
(5) Rothar., c. 195, 196, 197.

postposuerit, et aliam in domo superinduxerit » (1).

Les lois galloises autorisent la femme à quitter son mari, sans encourir la perte de sa dot, dans trois cas : *Si leprosus sit vir; si habeat fetidum anhelatum, et si cum ea concumbere non possit* (2). Après le divorce, les époux peuvent se reprendre tant qu'ils sont libres chacun de tout lien conjugal; les lois galloises (3) contiennent même une disposition curieuse : « *Si quis dimiserit uxorem suam, et postea eum facti pœnituerit, et illa a primo libera alteri data sit, si potest prior vir eam attingere habentem unum pedem in lecto cum alio viro et alterum pedem ultra lectum, prior vir de jure debet eam habere* » (4). C'est d'ailleurs peut-être dans le pays de Galles que se sont le mieux et le plus longtemps

(1) Grimoald, c. 6.
(2) Leg. Walliæ, lib. III, tit. 20, c. 31.
(3) Leg. Walliæ, lib. II, tit. 20, c. 10.
(4) On remarquera, dans ces lois barbares, à côté de dispositions parfois bizares, une tendance générale à entourer les femmes de garanties et de mesures de protection. On pourra consulter sur l'état de la femme dans l'ancien droit allemand une brochure du docteur Stammler qui vient de paraître à Berlin dans la collection des Mémoires scientifiques populaires. (Sammlung gemeinverstændlicher wissenschaftlicher Vortræge. Cette brochure, la 268e du recueil, est intitulée : *Uber die Stellung der Frauen im alten deutschen Recht.*).

L'auteur de ce travail s'est trop épris de son sujet, et il faut beaucoup de bonne volonté pour admettre avec lui qu'on montrait des égards aux femmes même dans l'application de la peine de mort. « Il n'est pas, dit-il, jusqu'aux peines édictées contre les femmes qui témoignent du respect dont on les entourait. Cela n'est pas très sensible dans l'ancien droit, tant que les peines consistent en punitions privées, mais à mesure que les peines publiques deviennent d'une application générale, on ne fait pas de différence (entre les deux sexes) dans les jugements établissant la criminalité; on n'en fait que pour la nature des peines. Ainsi, pour les grands crimes, au lieu d'être pendue, la femme était enterrée vive; au lieu d'être exécutée avec le glaive, elle était brûlée ou noyée... Il y avait là encore une *preuve d'égards*. » Nous ajouterons que cette opinion est contredite, au moins pour certains cas, par la lettre, rapportée plus haut, de saint Boniface, où il est parlé de la pendaison de la femme adultère.

conservés d'anciens usages celtiques (1). L'Eglise n'obtint pas en Cambrie la suprématie qu'on lui laissa prendre partout ailleurs sur le mariage; celui-ci resta soumis à la juridiction séculière. On n'y tenait pas compte des règles du droit canonique, même sur les empêchements résultant de la parenté, malgré les protestations du clergé. Il n'est pas étonnant que le divorce ait été permis avec une grande facilité. Pour empêcher les abus, on n'avait rien trouvé de mieux que d'obliger le mari à faire d'importantes restitutions à sa femme toutes les fois que le divorce avait lieu par son fait ou par sa faute. En pareil cas, la femme peut réclamer son apport, et si le mariage a duré sept ans, elle a même le droit de demander le partage par moitié de toutes les valeurs mobilières. Le divorce a-t-il lieu par le fait ou par la faute de la femme, elle n'a plus de droit à ce partage et peut être même perd-elle ses apports; sur ce dernier point, les coutumiers ne sont pas bien précis (2). Rien de plus fréquent que les unions passagères et dès qu'elles avaient duré trois nuits, la femme ne pouvait plus être congédiée sans quelques présents (3). Après une durée de sept ans, toute union conférait à la femme les droits d'épouse légitime même si elle n'avait été accompagnée à l'origine d'aucune des cérémonies du mariage (4). Il est possible qu'un certain nombre d'unions aient été ainsi contractées en secret ou passagèrement pour éviter

(1) Voy. sur les sources du droit celtique et, en particulier, sur le droit du pays de Galles, de Valroger, *les Celtes*, p. 424 et suiv.

(2) Cpr. Coutumier de Vénédotie, II, 1, 39. — Coutumier de Dimetie, II, 8, 74. — Coutumier de Gwent, II, 29, 27.

(3) Coutumier de Vénedotie, II, 1, 31. — Coutumier de Gwent, II, 29, 42 et 43.

(4) Coutumier de Vénedotie, II, 1, 31.

l'obligation que la loi imposait au mari, en cas de premier mariage, de payer, sous le nom d'amobyr, un tribut au souverain territorial (1).

En Irlande, l'Eglise parvint à donner au mariage un caractère religieux. Le plus souvent, on demandait au prêtre la bénédiction nuptiale, mais à titre de pieux usage et non comme condition du mariage, lequel se formait par le seul échange des consentements. De plus, l'influence de l'Eglise ne se fit sentir que très lentement, et, pendant des siècles, on resta fidèle à de vieux usages païens d'origine celtique, quoiqu'on eût reconnu au mariage le caractère de sacrement (2). Les anciennes lois des Brehons n'exigent pas le consentement de la

(1) Coutumier de Vénedotie, II, 1, 28; II, 29, 3. — Sur l'origine de ce tribut, voy. de Valroger, *les Celtes*, p. 458.

(2) Ces anciennes coutumes celtiques des Irlandais sont décrites dans des coutumiers du dixième et du onzième siècle, publiés récemment en Angleterre. Ces recueils de coutumes connues sous le nom de *Brehon laws*, sont le *Senchus Mor* ou grand livre de l'ancienne loi et le livre d'*Aicil*. Celui-ci est du dixième siècle; celui-là beaucoup plus important, date du commencement du onzième. Ces écrits s'attribuent une antiquité bien plus grande et on a conjecturé qu'ils avaient peut-être été rédigés peu de temps après l'introduction du christianisme en Irlande, c'est-à-dire dès que l'on a commencé à y faire usage de l'écriture. En tout cas, ces lois contiennent des coutumes de la plus haute antiquité. Ce qui est tout particulièrement remarquable, c'est que cet ancien droit irlandais présente de curieuses analogies avec le droit romain primitif, le droit scandinave, le droit slave, le droit germanique et même avec les coutumes hindoues. Les deux rameaux de la race aryenne, géographiquement les plus éloignés, sont précisément ceux qui ont le mieux conservé les traditions primitives de la souche d'où ils sont sortis. — Trois volumes des anciennes lois des Brehons ont été publiés en Angleterre dans ces derniers temps, texte original et traduction anglaise, sous le titre : *Ancient Laws of Ireland, published under the direction of the Brehon Law commmission.* — On pourra consulter sur ces lois les travaux suivants : *Lectures ou the early history of institutions*, by sir Henry Sumner Maine, London, 1875. — *Études sur l'histoire des institutions primitives*, par sir Henry Sumner Maine, traduit de l'anglais par Durieu de Leyritz, et précédé d'une introduction par d'Arbois de Jubainville, Paris, 1880. — De Valroger, *les Celtes*, Paris, 1879.

fille, quel que soit son âge : c'est le père ou la famille qui la donne à son futur mari et une réparation leur est due en cas de rapt, même si la fille a consenti à l'enlèvement (1). La femme est achetée par son mari ; celui-ci doit faire des libéralités au père et aux parents qui la gardaient ; l'usage lui impose aussi une libéralité envers sa future épouse (2). Quant au divorce, les vieilles coutumes d'Irlande le permettent avec une étonnante facilité. C'est en vain que l'Eglise s'élevait contre ces désordres. Déjà saint Jérôme avait écrit dans une de ses lettres (3) : « *Scotorum natio uxores proprias non habet, sed, ut cuique libitum fuerit, pecudum more lasciviunt.* » Au seizième siècle, Camden disait encore des Irlandais : « *Levissima lite divertunt, vir ad aliam feminam, illa ad alterum maritum.* On a prétendu que les unions irrégulières étaient encore plus nombreuses que les mariages et que les enfants nés de ces unions succédaient comme les enfants légitimes, à leurs parents.

Mais peut être a-t-on pris pour des unions illégitimes des mariages, d'ailleurs passagers, qui cependant étaient reconnus par les usages. M. Sumner Maine n'admet pas que la loi irlandaise reconnût à la cohabitation temporaire le caractère d'union légitime ; mais M. d'Arbois de Jubainville, qui a sur le savant professeur de l'Université de Cambridge l'avantage de comprendre les anciennes lois des Brehons dans leur texte original, affirme et prouve le contraire (4). « On ne peut contester, dit-il, l'usage d'un mariage qui durait un an. Le divorce qui terminait ce mariage avait lieu à une fête

(1) Ancient laws, III, p. 541.
(2) Ancient laws, II, 347 et 385.
(3) Citée par M. de Valroger, *op. cit.*, p. 526.
(4) Voy. l'introduction précitée à la traduction du livre de Sumner Maine, p. 8.

païenne où les femmes abandonnées passaient dans les bras des nouveaux maris. Cela n'est pas seulement attesté par le *Senchus Môr*, qui nous apprend que ce mariage était ordinairement dissous à la fête du premier jour de l'été, le 1er mai (t. II, p. 390). Un exemple de ce divorce annuel nous est fourni par l'un des plus dramatiques morceaux de la littérature épique irlandaise.......... Le vingt-sixième canon du document intitulé *Synodus sancti Patricii*, nous fait connaître le biais au moyen duquel le droit canonique irlandais le plus ancien évitait de frapper des censures ecclésiastiques les hommes qui divorçaient ainsi. Il s'agit donc ici d'un usage incontestable, et les doutes du savant anglais ne sont pas justifiés. »

Les lois des Saxons et des Danois établis en Angleterre avant la conquête normande contiennent des dispositions assez complètes et parfois curieuses sur le mariage et sur le divorce ; il ne sera pas inutile de relever ici les principales de leurs dispositions, car ces lois ont moins subi l'influence de la civilisation romaine et de l'Eglise que celles rédigées à la même époque par les barbares établis sur le continent.

Chez ces Saxons et ces Danois, le mariage n'était pas un acte religieux avant l'introduction du Christianisme ; il s'appelait *ae*, *aew* (1), mot qui signifie littéralement *jus*, *lex*, parce que le mariage est le rapport le plus légal qui puisse s'établir entre un homme et une femme. On appelait parfois la femme légitime *bewed-dode wif*, *legitima uxor* (2). Il semble en effet qu'à côté de l'épouse légitime, il y avait une autre femme unie à l'homme par un lien légal, mais moins honorable que

(1) De là est venu le mot allemand *Ehe* qui signifie mariage.
(2) Lois de Canut, I, 7.

le mariage, une sorte de concubinat. Cette concubine paraît se distinguer de l'épouse en ce que, tout en étant légalement prise comme femme, cependant elle est prise directement par son mari, sans fiançailles et autres solennités préliminaires exigées pour le mariage (1). L'histoire nous donne plusieurs exemples d'unions de ce genre. Ainsi, le prince qui fut dans la suite roi de Northumberland sous le nom d'Alfred, commença par être exclu de la succession à la mort de son père, en 670, par son frère cadet Egfried, parce qu'il avait contracté une de ces unions inférieures (2). Le roi Æthelstan aurait été pour le même motif exclu de la succession au trône, si son frère cadet n'avait pas été trop jeune pour devenir roi (3).

Celui qui voulait contracter de justes noces avec une jeune fille commençait par former avec elle le lien des fiançailles *(beweddian, mæden weddian, to wif weddian).* A cet effet, le jeune homme faisait déclarer par ses parents à ceux de la jeune fille qu'il avait l'intention de l'épouser devant Dieu, et qu'il était disposé à remplir envers elle tous les devoirs du mariage. Les parents se portaient garants de l'exécution de ces promesses comme de la déclaration que leur fils possédait assez de biens pour fonder un ménage (4). Ces engagements acceptés, le futur remettait alors aux parents de sa fiancée le prix d'achat (5). Il faisait connaître aussi ce qu'il avait l'intention de remettre à sa femme à titre de don

(1) Lois d'Alfred, 38; cpr. lois de Henri Ier, 82.
(2) Guilielmus Malmesburiensis. *De gestis Regum Anglorum,* I, 3, p. 20 (dans Salive).
(3) Matthæus Westmonasteriensis, *Flores Historiarum, anno* 901, 934.
(4) Lois d'Edmond, *De sponsalibus,* 1 et 2.
(5) Lois d'Æthelbert, 76, 82. — Cpr. lois d'Ina, 31.

du matin et le douaire qu'il lui constituait pour le cas où il aurait prédécédé (1). La fille ne pouvait d'ailleurs pas être contrainte à se marier contre son consentement (2). *Si tunc in omni re concordant, tunc adeant cognati et spondeant suam consanguineam in uxorem et ad rectam vitam ei, qui illam desiderat et subeat fidejussionem qui sponsionis capax sit* (3). Tant que ces formalités n'ont pas été remplies, chacun des futurs peut revenir sur son consentement, seulement si c'est le fiancé qui se retire, il perd son prix d'achat (4).

Le divorce était permis même par la volonté d'un seul époux. Toutefois le mari qui voulait rompre perdait son prix d'achat. Si c'était la femme qui divorçait sans le consentement de son mari, celui-ci se faisait restituer son prix d'achat. Sous l'influence de l'Eglise, on avait imposé, dans ce cas, à la femme l'obligation de se retirer dans un monastère ou dans tout autre lieu semblable pour y vivre dans la chasteté (5).

Le mari avait toujours le droit de renvoyer sa femme en cas d'adultère, ainsi que toutes les fois qu'il avait été trompé dans le mariage, comme si sa femme n'était pas vierge (6). Il n'encourait alors aucune pénalité, et les lois lui permettaient formellement d'en épouser une autre (7). L'inégalité des conditions paraît avoir été aussi une cause de divorce (8).

(1) Lois d'Edmond, *De sponsalibus*, 3.
(2) Lois d'Edmond, *De sponsalibus*, 1. — Lois de Canut, II, 72.
(3) Lois d'Edmond, *De sponsalibus*, 6.
(4) Arg. Lois d'*Æthelbert*, 76.
(5) Lois d'*Æthelbert*, 78 et 79.
(6) Lois d'*Æthelbert*, 32 et 76.
(7) Lois citées.
(8) Egl. Exc. 126. (*De matrimonio servulorum*). *Si servum et ancillam Dominus amborum in matrimonium conjunxerit, postea liberato servo vel ancilla, si non potest redimi, qui in servitio est, libera licet (sicut quibusdam placet) ingenuo conjungere; sed tamen juxta sententiam Dominus mœchus probatur, etc.*

En présence de ces dispositions des lois romaines et des lois barbares si favorables au divorce, l'œuvre de l'Eglise fut longue et difficile; mais l'Eglise finit par triompher, grâce à sa fermeté et à sa modération.

Avant d'arriver au droit canonique dont les dispositions ont souvent passé dans les législations modernes, il faut dire deux mots du droit féodal.

F. Féodalité.

Le régime féodal a touché à presque toutes les institutions civiles et politiques de la société ; il n'est donc pas étonnant qu'il ait aussi fait sentir son influence sur le mariage. La concession d'un fief ayant lieu dans les premiers temps de la féodalité, à la charge du service militaire, il est facile de comprendre que les femmes en aient été généralement exclues. De même à partir de l'époque où les fiefs devinrent héréditaires, les femmes ne pouvant pas faire le service de ces fiefs, furent déclarées incapables d'y succéder ; mais sur ce dernier point, le droit féodal commença par présenter de grandes variétés dans les principaux pays de l'Europe et il finit par admettre les femmes à ces successions comme il fut permis de leur consentir directement des inféodations. Le droit germanique et le droit lombard posent en principe que les femmes ne peuvent pas succéder aux fiefs à moins que le seigneur n'y ait expressément consenti dans l'acte primitif d'inféodation (2). Leurs descendants sont formellement exclus par le droit lombard (2), et le droit germanique n'a même pas à les mentionner puisque les petits-fils n'y succèdent jamais aux fiefs (3). Mais ces règles étaient loin de

(1) Sachsenspiegel (Lehnrecht), art. 2, § 3 (éd. Homeyer, t. II, p. 143). *Libri feudorum*, I, VIII, § 2 ; II, XI.
(2) *Libri feudorum*, II, XI.
(3) Pour plus de détails sur ce point, Garsonnet, *Histoire des locations personnelles*, p. 360.

recevoir leur application dans toute l'Allemagne et Waitz cite un grand nombre de localités dans lesquelles les femmes pouvaient acquérir des fiefs par succession ou autrement ainsi que leurs descendants (1). En présence de ces contradictions et de cette confusion, il devient difficile, sinon impossible, de dire quelle était la règle, quelle était l'exception. En Angleterre, les filles succédaient au fief, mais, à degré égal, l'enfant mâle leur était préféré, si l'acte d'inféodation n'en disposait autrement (2). Il en était de même en France, et la succession des femmes aux fiefs formait le droit commun, non-seulement pour les petits fiefs, mais encore pour les grands (3). Dans le duché de France il en était autrement; les filles étaient exclues des fiefs. C'est cette coutume spéciale et nullement la loi salique qui ont empêché les femmes de régner en France. On ne peut d'ailleurs préciser l'époque où la succession des femmes a pris naissance dans le droit féodal, ni déterminer avec précision la cause de cette innovation; celle-ci tient probablement à ce qu'on a reconnu aux fiefs un caractère patrimonial.

Le droit de mariage est le correctif de la successibilité des femmes. En France, la vassale ne peut se marier sans le consentement de son seigneur (4), ou du moins sans lui faire payer un droit de mariage (*maritagium*) (5). Le seigneur a même le droit de marier sa

(1) *Deutsche Verfassungsgeschichte*, VI, p. 63 et suiv.

(2) *Leges Henrici*, I, c. LXX, § 20. (Ancient laws, p. 250.) *Stephen's Commentaries on the Laws of England*, t. I, p. 190 et 402.

(3) Laboulaye, *Recherches sur la condition civile et politique des femmes* (Paris, 1843), p. 467 et suiv.

(4) Ducange, *Observations sur les Etablissements de saint Louis*, liv. 1, ch. LXI. (Dans son histoire de saint Louis (Paris, 1868, 3e part., p. 176 et suiv.)

(5) *Etablissements de saint Louis*, liv. I, ch. LXIII, p, 309.

vassale. En France, ce droit ne tarda pas à tomber en désuétude (1), mais il subsista avec toute sa rigueur dans le royaume de Jérusalem (2). En Allemagne, il est aussi de principe que la fille du vassal ne peut pas se marier sans le consentement de son seigneur. On a de nombreux exemples de princesses mariées par leur suzerain. Certains seigneurs, dans le but de faciliter le mariage de leurs vassales, inséraient dans leurs inféodations, une clause en vertu de laquelle le concessionnaire s'engageait à épouser une fille ou veuve relevant de ce seigneur (3). En Angleterre, les filles sont mineures jusqu'à quatorze ans, mais elles restent sous la garde de leur seigneur lorsqu'elles ont perdu leur père, même après quatorze ans, tant qu'elles ne sont pas mariées et pour leur mariage il leur faut le consentement de son seigneur. Glanville toutefois a soin de dire que c'est un devoir pour le seigneur de marier la fille nubile : *tenetur dominus eam maritare* (4). Il y a plus, le consentement du seigneur est nécessaire, sous peine de déchéance du fief, même du vivant du père, si la fille est l'héritière présomptive de son fief, seulement le seigneur ne peut pas refuser son consentement sans motif sérieux. Une fois la fille mariée, si elle devient veuve, elle ne retombe pas sous la garde de son seigneur, mais elle ne peut pas se marier sans son consentement (5). Le droit du seigneur de consentir au mariage de ses vassales toutes les fois que celles-ci sont titulaires de fiefs, se justifie facilement. Le mari de chacune de ces vassales n'était-il

(1) Laboulaye, *op. cit.*, 260.
(2) Garsonnet, *op. cit.*, p. 362.
(3) Pour plus de détails sur ces différents points, cpr. Waitz, *Deutsche Verfassungsgeschicte*, VI, p. 66.
(4) Glanville, liv. 7, ch. 12, § 5.
(5) Glanville, liv. 7, chap. 12, § 5. — Lois de Henri I[er], § 4.

pas appelé à rendre au seigneur tous les services attachés au fief. Il ne fallait pas que la vassale eût la faculté d'épouser un homme hostile à son seigneur « pur ceu que les heires females de nostre terre ne se marieront à nos ennemies et dount il ne nous convien-droit lour homage prendre si eux se puissent marier à leur volunté » (1).

Ce droit donna lieu en France comme en Angleterre à de nombreux abus. Chez nous, les uns prétendirent qu'ils avaient le droit d'intervenir dans tous les mariages, d'autres voulurent exiger des redevances en argent en retour de leur consentement. C'est surtout pour les mariages, non plus de leurs vassales proprement dites, mais de leurs vilaines, que les seigneurs se montrèrent même parfois ridicules ou odieux. Ainsi le seigneur de Sologne exigeait qu'à chaque noce son sergent fût invité huit jours au moins à l'avance, et qu'il eût le droit de se présenter au festin avec deux chiens courants et un lévrier, d'avoir séance auprès de la mariée, d'être servi avant elle, de dire la première chanson. Il voulait même que les mariés donnassent eux-mêmes à boire et à manger à ses chiens (2). On a révoqué en doute la prétention à l'exercice de droits odieux sur la mariée quoique leur existence soit attestée par de graves autorités (3). A notre avis, ces pratiques ont existé, mais elles n'ont jamais été reconnues en France par aucune loi écrite ou non écrite ; elles sont le résultat d'abus et non de droits seigneuriaux.

En Angleterre, il n'est pas certain que le droit de mariage reconnu au seigneur ait déjà été, au temps de

(1) Bracton, II, ch. 37. — Cpr. *Ancienne coutume de Normandie*, ch. 33.
(2) Voy. Servin, 2e vol., p. 166.
(3) Voy. Eusèbe de Laurière, v° Cullage.

Glanville une source de profits réguliers et légaux. Ce jurisconsulte ne parle pas de la nécessité de payer une somme d'argent au seigneur pour obtenir son consentement au mariage. Il est probable cependant que des abus avaient été commis, car les barons ayant demandé au roi Henri Ier la remise du droit de mariage de leurs filles ou sœurs, ce prince promit de ne faire payer aucun impôt à cette occasion et il engagea ses barons à traiter leurs vassaux à son exemple (1). Mais l'usage se maintint de donner des redevances purement volontaires. Il est même probable que des abus s'introduisirent et donnèrent lieu à des plaintes, car la Grande Charte établit des règles précises sur le droit du mariage. Elle décida notamment (2), que les veuves ne pourraient être contraintes à de nouvelles noces, mais qu'il leur faudrait, comme par le passé, le consentement de leur seigneur toutes les fois qu'elles voudraient se remarier. Dans la suite, le premier statut de Westminster ordonna au seigneur de marier la fille mineure placée sous sa garde dans les deux ans qui suivent l'époque où elle a atteint sa quatorzième année. S'il la marie il perd la garde, s'il ne la marie pas, elle peut se mettre en possession de son fief dès qu'elle a atteint sa seizième année. Le droit de mariage s'est maintenu en Angleterre jusqu'au douzième statut du règne de Charles II « qui fut, nous dit le jurisconsulte Blackstone » pour la liberté du royaume et pour la propriété,

(1) Voici la réponse de Henri Ier à ses barons (ch. 1er). « Si quis baronum vel hominum in earum filiam suam nubilam tradere voluerit, sive sororem, sive neptem, sive cognatam, mecum inde loquatur. Sed neque ego aliquid de suo pro hac licentia accipiam, neque ei defendam, quin eam det, excepto si eam jungere vellet ministerio meo. »

(2) Ch. 7.

une conquête plus belle encore que la Grande Charte (1). Ce statut abolit le service de chevalerie avec les droits d'investiture, de première saisine, de garde et de mariage.

(1) Stephen, *op. cit.*, I, p. 205.

G. Influence de l'Église ; droit canonique (1).

Les dogmes de l'Eglise considèrent le mariage comme un sacrement indissoluble. Aussi n'est-il pas étonnant que l'Eglise ait vu dans le mariage civil et dans le divorce deux institutions de nature à combattre son influence dans le monde. Mais on se tromperait singulièrement si l'on croyait que l'Eglise soit parvenue à triomper sans difficulté de ces deux obstacles. Ainsi, le mariage est toujours resté dans le droit romain, même sous les empereurs les plus dévoués au christianisme, un acte purement civil. En Orient, c'est seulement une constitution de l'empereur Léon le Philosophe qui a consacré comme loi le principe du mariage religieux *(Novelle 89)* ; mais cette constitution n'appartient plus au droit romain, c'est de la législation byzantine.

L'influence de l'Eglise fut plus immédiate sur le divorce ; c'est que, dans ces derniers siècles, il s'agissait seulement de le réglementer. L'Eglise avait compris qu'elle ne pouvait pas tout de suite exiger la suppression du divorce, et, tout en le condamnant, elle le tolé-

(1) Cpr. Pothier, *Contrat de mariage*. — Carpentier, *Etude de législation comparée ; le droit païen et le droit chrétien ; du droit de polygamie, du divorce, de la prostitution sous le paganisme et de l'abolition de ce droit par la législation chrétienne*, Paris, 1870. — Schulte, *Das katholisches Eherecht*. — Sohm, *Das Recht der Eheschliessung aus dem deutschen und canonischen Recht geschichtlich entwickelt*. — Friedberg, *Verlobung und Trauung, zugleich als Critic von Sohm*.

rait par nécessité. A Rome, le divorce, autorisé avec une trop grande facilité, fut soumis sous les empereurs chrétiens à de sérieuses restrictions, et parfois donna même lieu à l'application de peines sévères. La femme qui renvoyait, sans juste cause, son mari, était condamnée à la déportation ; dans le même cas, le mari aurait été privé du droit de se remarier. Quand le divorce était fondé sur une cause légère, il retirait à la femme coupable le droit de se remarier ; le mari en faute aurait été frappé de la même interdiction, mais pour deux ans seulement. Enfin toutes les fois que le divorce était fondé sur une cause légitime, l'époux coupable était sévèrement puni ; ainsi, par exemple, cet époux était déchu au profit de son conjoint, soit de la dot ou de la donation *propter nuptias*, soit, à défaut de ces apports, du quart de ses biens, jusqu'à concurrence d'un maximum de 100 livres d'or (environ 140,000 fr.), sous réserve de la nue propriété pour les enfants nés du mariage. En cas d'adultère, la succession de l'époux coupable était ouverte sur le champ ; si c'était la femme qui avait commis l'adultère, elle était mise dans un couvent (1).

Les justes causes de divorce ont souvent varié sous les empereurs chrétiens. Voici quel fut le dernier état de la législation romaine d'après les constitutions de Théodose, de Valentinien et de Justinien (2). Le mari a le droit de répudier sa femme si elle prend part à des complots contre l'Etat ou si elle ne les révèle pas. Il a le même droit contre sa femme coupable d'adultère ou de tentative d'assassinat sur sa personne. Si la femme,

(1) Voy., pour les détails, les Novelles 117 et 134 de Justinien.
(2) L. 8, 10, 11, C. *de Divortiis*. — Nov. 117, ch. 8, § 12. — Voir la législation antérieure dans le *Code Théodosien*, liv. III, tit. 16.

sans le consentement de son mari, fréquente d'autres hommes ou quitte le domicile conjugal, ou assiste aux jeux et aux spectacles, elle peut encore être répudiée.

De son côté, la femme peut rompre le mariage si son mari complote contre l'Etat ou ne révèle pas les attentats de ce genre portés à sa connaissance, s'il attente à la vie de sa femme, s'il veut la corrompre, s'il vit habituellement avec une autre femme.

La répudiation faite sans l'une de ces causes aurait donné lieu à l'application de peines sévères. Mais le divorce par consentement mutuel *(bona gratia)* fut toujours permis et on ne le frappa jamais d'aucune peine jusque sous Justinien (1) ; peu importait la cause qui le motivait, du moment que les deux époux étaient d'accord. Mais Justinien n'autorisa plus le divorce, même par consentement mutuel, qu'autant que les époux voulaient vivre ensuite dans la continence ; ceux qui auraient divorcé en dehors de ce cas auraient encouru, malgré leur accord, les peines ordinaires du divorce (2). Un peu plus tard, Justinien admit aussi la répudiation *bona gratia propter impotentiam, ex voto castitatis et ob conjugis captivitatem* (3) ; mais il finit par défendre le divorce *bona gratia*, même dans le seul cas où il l'avait maintenu (4). Ces modifications étaient introduites successivement par Justinien sous l'influence de l'Eglise.

Celle-ci rencontra beaucoup moins de résistance parmi les barbares. Ces peuples, récemment convertis au christianisme, acceptèrent sans difficulté le principe du mariage religieux ; s'il fut moins facile de les éloi-

(1) L. 9, C. *de Divortiis*. — Nov. 22, ch. 18.
(2) Nov. 117, ch. 11.
(3) Nov. 135.
(4) Nov. 140.

gner du divorce et de la répudiation, c'est parce qu'à cet égard la doctrine de l'Eglise ne fut pas elle-même solidement assise avant le concile de Trente.

L'Eglise commença par combattre l'idée des barbares, qui voyaient dans le mariage une sorte de vente. Cette vente ne devenait définitive que par la consommation, et chaque époux pouvait faire valoir un véritable droit de résolution s'il avait été induit en erreur, comme, par exemple : « *Si puella detur alicui viro et ibi dicat eam invenisse corruptam, ipsa debet affirmare se esse incorruptam, juramento quinque hominum, id est patris et matris fratris et sororis et suo proprio* » (1). Ces usages étaient tellement consacrés par les mœurs que, même après le triomphe du mariage religieux, dans certains pays, les futurs époux continuaient à consommer le mariage avant de le faire bénir par l'Eglise (2).

La bénédiction nuptiale, entrée dans les mœurs des Romains, pénétra aussi dans celles des barbares, mais il fallut l'intervention du pouvoir civil; d'ailleurs l'Eglise et les princes agirent avec une sage prudence. Un capitulaire de Pépin recommande aux vilains comme aux nobles la bénédiction nuptiale; mais c'est plutôt un conseil qu'un ordre : *ut omnes homines laïci publicas nuptias faciant, tam nobiles quam ignobiles* (3). Il y a plus : l'Eglise comprenant qu'il n'était pas possible de déraciner instantanément des usages fondés sur les lois, proclama elle-même que la bénédiction nuptiale était seulement un pieux usage, et se montra, pour les conditions du mariage, plus facile que le droit civil. Elle admit que le mariage serait formé, même comme

(1) *Leges Walliæ*, lib. II, § 38.
(2) Voy. Zœpfl, *Deutsche Rechtsgeschichte*, § 81.
(3) Cap. de Pépin de 755. (Pertz, *Legg.* I, 26.)

sacrement par le seul échange des volontés des parties. Le consentement devint la condition essentielle du mariage et, contrairement au droit civil, l'Eglise n'exigea pas, en outre, celui du père. Par sa facilité et sa tolérance, l'Eglise parvint peu à peu à retirer au mariage son caractère originaire, celui d'un acte purement civil.

Et d'abord l'Eglise n'imposa pas son intervention directe pour la formation du mariage. Elle admettait, au contraire, que les parties s'administraient à elles-mêmes le sacrement du mariage par l'effet même de leur commun accord. Autrement dit, le seul consentement des parties formait le sacrement du mariage en droit canonique, comme il suffisait en droit civil pour le contrat civil. Il existe sur ce point une réponse du pape Nicolas I[er] à la consultation des Bulgares (au neuvième siècle) qui ne permet aucun doute. Ce pape expose, dans l'article 3, de la manière suivante les doctrines de l'Eglise sur le mariage : « *Primum quidem in Ecclesia Domini, cum oblationibus quas affere debent Deo, per sacerdotis manum statuntur, neque demum benedictionem et velamen celeste suscipiunt... post hæc de Ecclesia egressi, coronas in capitibus gestant, quæ semper in Ecclesia ipsa sunt solitæ reservari .. hæc sunt jura nuptiarum...* » Mais le pape, après avoir décrit ces cérémonies, ajoute : « *Peccatum autem esse si hæc cuncta in nuptiali fœdere non interveniant, non discemus, quemadmodum græcos vos abstruere dicitis, præsertim cum tanta soleat arctare quædam rerum inopia ut ad hæc præparanda nullum his suffragetur auxilium, ac per hoc sufficiat, secundum leges, solus eorum consensus de quorum conjunctionibus agetur.* »

Ainsi, le seul consentement suffit pour la validité du mariage, même considéré comme sacrement, car c'est

sur le sacrement que les Bulgares avaient consulté le pape. Mais il résulte aussi de cette réponse de Nicolas I[er] que si le simple consentement suffisait, cependant il était en usage de faire intervenir directement l'Eglise, et de demander au prêtre la bénédiction nuptiale. L'usage purement facultatif de réclamer les prières et la sanction de l'Eglise s'introduisit de fort bonne heure ; nous en trouvons déjà la mention dans les ouvrages de saint Ambroise et de Tertulien (1).

On a prétendu que la bénédiction nuptiale avait été rendue obligatoire sous Charlemagne, et que cette disposition avait ensuite été renouvelée au concile de Frosli, sous Charles le Simple; mais ce point est fort douteux, car l'authenticité des Capitulaires de Charlemagne, contenus dans le recueil de Benedictus Levita, n'est plus guère admise. Dans tous les cas, si Charlemagne a rendu la bénédiction nuptiale obligatoire, cette disposition a dû tomber presque immédiatement en désuétude. Il existe un grand nombre de textes postérieurs qui reconnaissent le mariage comme sacrement, par le seul échange des consentements (2).

Il est vrai que l'Eglise recommandait la *benedictio sacerdotalis in ecclesia*, c'est-à-dire la bénédiction ecclésiastique ; il est encore vrai que plusieurs conciles locaux avaient prescrit la publication des bans. Mais ni les bans ni la bénédiction n'étaient des formalités requises pour la validité du mariage. L'union célébrée

(1) Unde sufficiemus, dit Tertulien, ad enarandam felicitatem ejus matrimonii quod Ecclesia conciliat, confirmat oblatio, obsignat benedictio (lib. 2, *ad uxor*. cap. 8). De même, saint Ambroise écrit dans sa lettre à Virgile pour détourner les fidèles du mariage avec les infidèles : « Cum ipsum conjugium velamine sacerdotali et benedictione sanctificari oporteat, quomodo potest conjugium dici ubi non est fidei concordia. (Lettre 19, n° 9.)

(2) Voy. par exemple, X, *de Sponsalibus*, can. 15, 30, 31.

sans ces formalités était souvent mal vue et qualifiée de mariage clandestin *(matrimonium clandestinum);* parfois même, elle soumettait les parties dans certaines circonstances, à la censure ecclésiastique; mais enfin elle n'en constituait pas moins un mariage valable. On reconnaissait même l'effet au mariage secret connu des seuls contractants, si d'ailleurs il était suffisamment établi par leur aveu ou par leur conduite extérieure (1). « L'essence du sacrement de mariage, disait Pierre Lombard, n'est pas la célébration du mariage par le prêtre, mais le consentement du mari et de la femme » (2). Hagenbach rapporte la même doctrine : « Les scholastiques décidaient généralement que la volonté des parties contractantes constitue le mariage; le sacrement se trouve ainsi parfait. Les mariages secrets, quoique défendus, sont valables. Dans aucun des anciens rituels ne se trouve une formule sacramentelle de mariage à prononcer devant le prêtre » (3). La même conclusion ressort des œuvres de Lingard, dont l'autorité est aussi imposante pour les catholiques romains que celle de Hagenbach pour les protestants. Il est donc bien établi que, dans l'ancien droit canonique, les théologiens s'accordaient à reconnaître la validité des mariages consensuels. Les inconvénients de ce système n'avaient échappé à personne; on comprenait qu'il rendait faciles les unions hâtives ou mal assorties; on n'ignorait pas non plus que la preuve du mariage était souvent difficile, et qu'on pouvait faire passer un concubinage pour une union légitime, comme on pouvait contester la légitimité de relations qui s'étaient cependant établies à

(1) Cap. 30, X, *de Sponsal. et matrim.*
(2) Dist., XXVII, c.
(3) Hagenbach, *Histoire de la doctrine,* trad. Smith, II, § 20.

l'origine avec l'intention de contracter mariage. Mais on avait craint que la nécessité de l'intervention de l'Eglise ne fût, dans ces temps d'ignorance, la cause de fréquentes erreurs ou de fraudes funestes. L'usage étant établi depuis des siècles de se marier par le seul consentement, beaucoup de personnes auraient continué à le pratiquer de bonne foi, d'autres auraient abusé de l'ignorance pour faire croire à l'existence d'un mariage dont elles auraient plus tard demandé la nullité. Mais au moment où la réforme éclata en Europe, on était sorti des ténèbres du moyen âge; les difficultés religieuses du temps préoccupaient tous les esprits. L'Eglise crut le moment venu de modifier ses principes sur le mariage.

C'est le concile de Trente qui, le premier, le 11 novembre 1563, ordonna, à peine de nullité, la célébration du mariage par le propre curé de l'une des parties, en présence de deux ou trois témoins. Cette innovation avait certainement pour objet l'intérêt du mariage lui-même; on mettait un terme aux mariages clandestins et aux difficultés que soulevait la preuve du mariage; l'union légitime était entourée de solennités qui en élevaient la dignité et ne permettaient plus de la confondre jamais avec le simple concubinage. Mais il n'est pas possible de nier que l'Eglise se proposait en même temps un but politique. Il s'agissait d'assurer la suprématie de l'Eglise ébranlée par la Réforme. Les populations du sud de l'Europe allaient-elles abandonner l'Eglise comme l'avaient fait les populations du nord? En exigeant la participation du prêtre à la célébration du mariage, on l'introduisait dans l'acte de la vie civile qui est la base de la société et de la famille.

Alors a commencé à se poser un problème redou-

table, qui n'a pas cessé, depuis cette époque, de diviser le pouvoir spirituel et le pouvoir temporel : à quelle autorité appartenait-il de former le mariage? En pratique, on avait laissé l'Eglise exercer son influence sans aucune contestation, et on s'en était bien trouvé. En élevant le mariage à la dignité de sacrement, elle l'avait complètement renouvelé, et avait rendu les plus grands services à la société; elle avait affermi la base de la famille. On ne saurait contester à l'Eglise la vigilance et les soins qu'elle avait déployés pour la sainteté du mariage et pour maintenir intact son véritable caractère. Mais jusqu'alors le mariage s'étant formé par le seul échange des consentements, aucune autorité n'intervenait en réalité, ni d'après la loi canonique, ni d'après la loi civile pour former l'union des époux. Le concile de Trente avait fait un pas de plus : il avait voulu que le mariage ne pût pas exister sans l'intervention directe de l'Eglise, tout en reconnaissant à la loi civile le droit d'en déterminer les effets dans la famille et dans la société. Le mariage n'était-il qu'un sacrement, ou formait-il aussi un acte de la vie civile, relevant, comme tel, du pouvoir temporel? Tel est le problème qui allait maintenant s'imposer forcément par suite des décisions du concile de Trente. Les princes de l'époque ont bien compris le danger; aussi les décisions du concile de Trente ont-elles été presque partout repoussées comme attentatoires à la liberté et à l'indépendance des Etats. Mais, d'un autre côté, on reconnaissait la sagesse des dispositions qui organisaient le mariage sur des bases sérieuses. Aussi dans certains pays, en France notamment, comme nous le verrons, pour tout concilier, des actes de l'autorité royale s'approprièrent les dispositions du concile de Trente sur la formation

du mariage. Il n'en est pas moins vrai que le prêtre prenait alors part à ces solennités, non plus seulement comme représentant de l'Eglise, mais aussi et dans une certaine mesure comme délégué de l'Etat.

Depuis cette époque, malgré les controverses des théologiens et des docteurs en droit canon sur ce point, le contrat et le sacrement du mariage sont devenus indissolubles (1), et la participation directe de l'Eglise a été consacrée et acceptée, dans un grand nombre de pays, comme condition de la validité du mariage, même en droit civil.

Certains canonistes s'appuyant sur ce que le concile n'avait pas le droit de s'occuper du contrat, mais seulement du sacrement, ont enseigné que, même en droit canonique, il faut distinguer et séparer le contrat du sacrement; le contrat existerait encore et serait reconnu par l'Eglise comme tel, malgré l'absence de cérémonies religieuses (2). Nous ne contestons pas que le concile de Trente aurait pu distinguer le contrat du sacrement; mais il résulte nettement du texte et de l'esprit du concile qu'on a voulu unir l'un et l'autre d'une manière indivisible, et ne reconnaître aucun effet, à l'échange des consentements des parties, tant qu'il n'aurait pas reçu l'approbation et la bénédiction de l'Eglise (3).

(1) Voy. pour les détails, mon *Etude sur le consentement des époux au mariage*, p. 41.

(2) Rieger, IV, § 30 et 31. — Petrus Collet, *Presbyter. congreg. mission. S. Theologiæ Doctor et Professor*. Paris, *In continuat. prælect. Theolog, Honorati Fournelii*, t. XIV, c. 2, art. 2, sect. 3, p. 107. — Ignatius Reutlinger, *De matrim.*, (pars 2, sect. 1, quest. 2, § 2).

(3) « Qui aliter quam præsente Paracho vel alio Sacerdote de ipsius Parochi seu ordinarii licentia et duobus vel tribus testibus matrimonium contrahere attentabunt, eos S. Synodus ad sic con-

Toutefois, dans presque tous les pays, le pouvoir temporel a toujours affirmé, et avec raison, son droit de réglementer le mariage ; c'est ce qui a eu lieu notamment en France. Le mariage est ainsi devenu, dans ces pays, à la fois un sacrement, c'est-à-dire un acte religieux et un contrat civil, d'ailleurs liés l'un à l'autre. Dans les pays qui n'ont pas reconnu le concile de Trente, le triomphe de l'Eglise n'a été que partiel. Le mariage se forme encore par le seul échange des consentements, comme avant le concile de Trente, dans certaines parties de l'Angleterre (en Ecosse) et des Etats-Unis. Il y a même des contrées de l'Allemagne où le concile de Trente, et plus tard les lois civiles, n'ont pas pu déraciner entièrement ces anciens usages. « Le mariage à l'Eglise, dit le docteur Stammler, n'est considéré en Allemagne comme nécessaire que depuis la fin du siècle dernier et le commencement du siècle présent. Encore aujourd'hui, aux yeux du peuple, une union consentie et accomplie dans une intention de mariage, sans l'intervention de l'Eglise, et abstraction faite de la loi civile, a la valeur d'un mariage religieux et indissoluble (1). »

C'est aussi le concile de Trente qui supprima définitivement les derniers vestiges du divorce. Pendant les premiers siècles, la question du divorce et de la répudiation resta indécise et souleva de vives discussions parmi les Pères de l'Eglise et dans les conciles. C'est qu'en effet, si les quatre Evangélistes sont unanimes pour proclamer le dogme de l'indissolubilité du ma-

trahendum matrimonium omnino inhabiles reddit et hujusmodi contractus irritos ac nullos esse decernit. » (Concil. Trident, senss. 24, *De reform.*, cap. 1.)

(1) *Ueber die Stellung der Frauen im alten deutschen Recht*, p. 28. — « Quibus placuerit ex consensu ab usu carnalis concupiscentiæ in perpetuum continere, absit ut inter illos vinculum conju-

riage, cependant saint Matthieu semble autoriser la répudiation. Les Pharisiens ayant demandé à Jésus-Christ s'il était permis de répudier sa femme et ayant invoqué la loi de Moïse qui autorisait le divorce, Jésus-Christ, d'après saint Matthieu (1), répondit : « C'est à cause de la dureté de votre cœur que Moïse vous a permis de renvoyer vos femmes ; mais cela n'a pas été ainsi depuis le commencement. Aussi je vous déclare que quiconque renvoie sa femme, *si ce n'est pour cause d'inconduite*, et en épouse une autre, commet un adultère, et que celui qui épouse celle qu'un autre aura renvoyée commet un adultère. « *Dico autem vobis, quia quicumque dimiserit uxorem suam, nisi ob fornicationem, et aliam duxerit, mœchatur, et qui dimissam duxerit, mœchatur.* » Saint Matthieu reproduit absolument la même doctrine dans un autre passage de son Evangile (2) ; mais, d'un autre côté, saint Marc (3) et saint Luc (4) font dire à Jésus-Christ, en termes absolus : « *Omnis qui dimisit uxorem suam et alteram ducit, mœchatur.* » Il n'est plus fait mention du cas d'adultère de la femme. La répudiation n'est-elle pas défendue d'une manière absolue?

La question parut fort embarrassante et divisa les plus grands esprits. Tertullien (5), saint Épiphane (6),

gale rumpatur : into firmis erit, quo magis ea pacta secum inierint quæ carius condorduisque servanda sunt, non voluptariis nexibus corporum, sed voluntariis affectibus animorum. » (Stus Augustinus, *De nupt. et concup.*, lib. 1, cap. XI. — Cpr. *Apud Gratian. c. Beata Maria*, caus. 27, qu. 2; *Ib. c. conjux.*, caus. 27, qu. 2).

(1) Ch. XIX.

(2) Ch. V, versets 31 et 32.

(3) Ch. X, verset 11.

(4) Ch. XVI, verset 18.

(5) Liv. 4, contre Marcion.

(6) *Adversus Hæreses*, N° 59 : Ab una separatus vir, alteram sibi legitime, si lubet, adjungat.

Astérius (1), évêque d'Amasie, autorisaient la répudiation pour cause d'adultère de la femme. La généralité des docteurs, saint Jérôme, saint Jean-Chrysostôme, et surtout saint Augustin, firent triompher la doctrine de l'indissolubilité en se fondant sur ces paroles du Christ : « Ils ne sont plus deux mais une seule chair ; que l'homme ne sépare pas ce que Dieu a uni. »

Saint Augustin écrivit un traité sur le divorce et proclama avec énergie le principe de l'indissolubilité du mariage. D'après lui, saint Matthieu autorise, sans doute, le mari à renvoyer sa femme coupable d'adultère et à se séparer d'elle, mais il ne lui permet pas d'en épouser une autre. La question parut encore fort douteuse au concile d'Arles, tenu en 352 et où siégeaient 600 évêques ; aussi n'osa-t-on pas la trancher. Mais la doctrine de saint Augustin allait exercer une influence décisive sur la papauté. Le divorce fut de plus en plus restreint et, si on le permit encore dans quelques cas, ce fut le plus souvent pour des motifs religieux (2).

L'autorité de l'Eglise se fait déjà sentir dans les lois des barbares, et le clergé obtient souvent des époux divorcés l'engagement de se retirer dans des monastères ; mais il n'est pas encore question de supprimer le divorce (3). Dans les capitulaires, l'influence de l'Eglise est déjà bien plus grande. Le plus souvent, les

(1) Saint Astère est encore plus net : existimate et omnino vobis persuadete matrimonia morte tantum dirimi et adulterio. — Astère ou Astérius fut d'abord avocat. Bien qu'il exerçât cette profession avec un grand succès, il l'abandonna pour entrer dans la prêtrise où il conquit bientôt un rang des plus élevés. On le nomma évêque métropolitain d'Amésa, dans le Pont où il se distingua dans cette place par son zèle pastoral et la pureté de sa foi.

(2) Gratien, causa 32, quæ. 3, t. 7. rapporte la controverse et se prononce contre le divorce.

(3) Nous avons déjà vu que Marculfe avait dressé une formule de divorce (Marculfe, II, 30).

capitulaires confirment la loi canonique et si le divorce est encore permis, c'est seulement pour des motifs religieux, lorsque deux époux veulent renoncer au monde. Cependant on découvre, çà et là, des vestiges des anciennes mœurs (1). Quant à la répudiation, le synode de Soissons de 774 la permet encore au mari contre sa femme coupable d'adultère ; mais il ne dit pas si le même droit appartient à la femme contre son mari. En 789, un capitulaire de Charlemagne défend aux époux séparés par la répudiation de se remarier ; il consacre ainsi la doctrine de saint Augustin. Dans les Assises de Jérusalem, on se relâche de cette rigueur ; il est permis à chaque époux de demander la répudiation au juge ecclésiastique, toutes les fois que l'autre époux rend la vie commune insupportable et celui qui obtient la répudiation a même le droit de se remarier, pourvu qu'il assure l'existence de son premier conjoint (2). A partir du douzième siècle, la doctrine de l'Eglise distingue le mariage consommé de celui qui ne l'est pas. Ce dernier se dissout encore par un assez grand nombre de causes (3) ; mais le mariage consommé ne peut plus être rompu.

Le concile de Trente (12 novembre 1560) confirma ces principes pour le mariage consommé. Il ne permit plus de dissoudre le mariage non consommé qu'à

(1) Exemple : Cap. Pépin (anno 753), cap. 18, Pertz, I, 23.
(2) *Cour des Bourgeois*, ch. 175.
(3) On lit dans un Tractatus de matrimonio de cette époque et cité par Solm (*Das Recht des Eheslichliessung*, p. 116) : Desponsatio, quæ est signum legitimæ conjunctionis, VIII causis irritatur. Quarum prima est sequens desponsatio carnali conjunctione perfecta, secunda alterius voluntaria fornicatio, tertia raptus; IV, maleficium ; V, religionis propositum; VI, enormis criminis perpetratio ; VII, alterius continua ægritudo ; VIII, captivitatis longa detentio.

la condition de renoncer à la vie civile et d'entrer dans un couvent; il ne fut plus admis comme auparavant, que ceux qui voulaient rester dans le monde pourraient divorcer, même sous prétexte de continence absolue. A l'avenir, la séparation *quoad thorum et mensam* fut seule permise soit pour un temps déterminé, soit à perpétuité (1).

D'ailleurs, tout en repoussant le divorce, l'Eglise s'était toujours montrée sévère contre l'adultère. Ainsi, la femme coupable de ce crime perd, d'après le droit canonique, les libéralités qu'elle a reçues à l'occasion de son mariage (2). Mais le mari ne peut se plaindre de l'adultère de sa femme s'il s'est rendu coupable du même fait ; cette théorie de la compensation des torts a passé dans un certain nombre de législations modernes (3).

Quoi qu'il en soit, en proclamant l'indissolubilité du lien conjugal, l'Eglise catholique créait une innovation considérable, en même temps que, la première, elle rendait hommage au vrai caractère du mariage. Déjà dans l'Ancien Testament, la doctrine de la supériorité de l'état de célibat sur celui de mariage avait été enseignée par l'école des Esséens (4). Mais tous les docteurs de la loi mosaïque avaient toujours admis le divorce avec plus ou moins d'étendue (5).

(1) Conc. Trid. sess., 24, can. 7 et 8, *De sacramento matrimonii.*

(2) Cap. 4, X, *De donat. int. vir et uxor* (4, 20) : In hoc casu itaque dicimus, quod si mulier ob causam fornicationis judicio ecclesiæ, aut propria voluntate a viro recesserit, nec reconciliata postea sit eidem dotem vel dotalitium suum repetere non valebit.

(3) C. 5, X, *De divort.* (4, 19), c. 7, X, *De adult.* (5. 16).

(4) Pour plus de détails sur ce point, voy. Mayer, *Die Rechte der Israeliten.* § 208.

(5) Cependant, en 745, un certain Abu Isa se présenta en Perse, à Ispahan, comme réformateur et sauveur du peuple ; il enseigna la doctrine de l'indissolubilité du mariage. A son avis, les Saducéens

Depuis le concile de Trente, la doctrine de la papauté qu'il ne faut pas confondre avec les controverses de certains théologiens ou jurisconsultes, n'a jamais varié et elle a eu l'occasion de s'affirmer une fois de plus à la suite de l'introduction du mariage civil dans la plupart des Etats. D'après cette doctrine de l'Eglise, le mariage est un acte exclusivement religieux, mais produisant des effets juridiques ; aussi l'Eglise refuse-t-elle au pouvoir temporel le droit d'en déterminer les conditions de validité, à plus forte raison les solennités qui le forment entre les parties ; aux tribunaux civils, elle conteste le droit de juger les questions de nullité de mariage ; elle ne reconnaît au pouvoir temporel que le droit de règler les effets du mariage. Cette doctrine est très nettement résumée dans la lettre du pape Pie IX, du 19 septembre 1852, à Victor Emmanuel : « Que le pouvoir civil, écrivait le Saint Père, dispose des effets civils qui dérivent du mariage, mais qu'il laisse l'Eglise régler la validité du mariage entre chrétiens, que la loi civile prenne pour point de départ la validité et l'invalidité du mariage comme l'Eglise le détermine et, partant de ce fait, qu'elle ne peut constituer (cela est hors de sa sphère), qu'elle en règle les effets civils. » Tout récemment, ces principes viennent d'être développés une fois de plus, dans une lettre encyclique, du pape Léon XIV à la date du 10 février 1880. Après avoir rappelé les doctrines des anciens docteurs de l'Eglise sur le mariage et son influence salutaire sur la société et la famille, le Saint Père revendique les formes et les conditions du mariage à titre de sacrement.

n'entendaient pas permettre le divorce, même pour cause d'adultère, parce que le mariage étant un lien sacré, doit avoir plus de solidité que tout autre.

« C'est, dit-il, l'Eglise seule qui peut et qui doit décider et ordonner tout ce qui regarde les sacrements, à tel point qu'il est absurde de vouloir lui enlever une parcelle de ce pouvoir pour la transférer à la puissance civile. » Mais le mariage ne constitue-t-il pas aussi un contrat civil ? « Que personne ne se laisse émouvoir, continue l'encyclique, par la distinction ou séparation que les légistes régaliens proclament avec tant d'ardeur, entre le contrat de mariage et le sacrement, dans le but de réserver le sacrement à l'Eglise et de livrer le contrat au pouvoir et à l'arbitrage des princes. Cette distinction, qui est plutôt une séparation, ne peut, en effet, être admise, puisqu'il est reconnu que, dans le mariage chrétien, le contrat ne peut être séparé du sacrement, et que, par conséquent. il ne saurait y avoir dans le mariage de contrat vrai et légitime sans qu'il y ait, par cela même, sacrement. » Ce n'est pas à dire que tout droit soit contesté à l'Etat sur le mariage. « L'Eglise n'ignore pas non plus et ne méconnaît pas que le sacrement du mariage, qui a aussi pour but la conservation et l'accroissement de la société humaine, a des liens et des rapports nécessaires avec les intérêts humains. Ce sont là vraiment des conséquences du mariage, mais qui touchent aux matières civiles, et ces choses sont à bon droit de la compétence et du ressort de ceux qui sont à la tête de l'Etat. » Telles sont l'étendue et la limite des droits de l'Etat. L'Encyclique est ainsi amenée à condamner le mariage civil, mais pour en tirer d'ailleurs une conséquence qui peut et doit être admise par tous les catholiques, même par ceux qui croient à la nécessité du mariage civil à cause de l'état actuel de notre société. « Il importe, dit-elle, que tout le monde sache que, si parmi les chrétiens quel-

qu'union a lieu entre un homme et une femme en dehors du sacrement, cette union n'a ni le caractère, ni la valeur d'un vrai mariage ; et bien qu'elle puisse être conforme aux lois civiles, elle n'a cependant d'autre valeur que celle d'une cérémonie ou d'un usage introduit par le droit civil ; or, le droit civil ne peut qu'ordonner et régler les choses que le mariage entraîne avec soi dans l'ordre civil, et qui évidemment ne peuvent se produire si leur cause vraie et légitime, c'est-à-dire le lien nuptial, n'existe pas. » L'Eglise, et c'est son droit, ne reconnaît donc pas le mariage civil (1). De même, l'Encyclique condamne une fois de plus le divorce au nom de l'unité et de l'indissolubilité du mariage qui sont les caractères essentiels de ce sacrement. « Il est en vérité à peine besoin de dire, porte encore l'Encyclique, tout ce que le divorce renferme de conséquences funestes. Par le divorce, les engagements du mariage deviennent mobiles, l'affection réciproque est affaiblie; l'infidélité reçoit des encouragements pernicieux; la protection et l'éducation des enfants sont compromises ; il fournit l'occasion de dissoudre les unions domestiques ; il sème des germes de discorde entre les familles ; la dignité de la femme est

(1) Nous ne nous arrêterons pas ici à une opinion émise en France par certains juristes et qui nous paraît une pure subtilité, nous dirions même une plaisanterie, s'il ne s'agissait pas d'un si grave sujet. On a voulu prétendre que le mariage civil reçu par le maire vaut comme sacrement. En effet, a-t-on dit, les dispositions du Concile de Trente n'ayant jamais été acceptées en France, nous vivons, au point de vue du droit canonique, sous l'empire des dispositions antérieures qui reconnaissent le mariage comme sacrement, par le seul échange des consentements. Or cet échange n'a-t-il pas lieu devant l'officier de l'état civil. Il est à peine besoin de faire remarquer qu'il s'agit là, avant tout, d'une question d'intention et on serait bien embarrassé pour rencontrer un seul catholique disant qu'il a entendu recevoir un sacrement au moment où il a donné son consentement devant le maire de la commune.

amoindrie et abaissée, car elle court le danger d'être abandonnée après avoir servi à la passion de l'homme. »

Mais si l'Eglise a le droit de ne pas reconnaître le mariage civil, admet-elle au moins que, par réciprocité, l'Etat ait, lui aussi, le droit de ne pas reconnaître le mariage religieux? C'est évidemment là le point le plus délicat, car il ne s'agit rien moins que de l'indépendance de l'Etat vis-à-vis de l'Eglise. La doctrine de l'Encyclique est absolument semblable, à cet égard, à celle du concile de Trente : en ne reconnaissant à l'Etat que le droit de déterminer les effets du mariage, elle lui conteste celui d'en régler les formes et les conditions. Elle ajoute même que « dans les questions qui, pour divers motifs, sont communes aux droits et au jugement des deux pouvoirs, celui à qui les choses humaines ont été confiées, doit opportunément et rationnellement dépendre de celui qui a la garde des choses célestes. » Nos anciens jurisconsultes, comme nous le verrons bientôt, considéraient déjà cette doctrine comme contraire à la liberté et à l'indépendance de l'Etat. Comment concilier avec la société moderne une doctrine qui, déjà à l'époque où la foi catholique régnait seule sur toute la France, froissait les rois et les peuples? Deux révolutions se sont accomplies depuis le commencement des temps modernes : la Réforme, qui a posé le principe de la liberté des religions consacrée par le traité de Westphalie; la révolution de 1789, qui nous a donné la liberté de la conscience et de la pensée. Qu'on approuve ou qu'on critique ces deux changements immenses, il faut les considérer comme des faits accomplis. L'Etat moderne est obligé, bon gré, mal gré, de tenir compte des Protestants et des Israélites dont il salarie le culte, et même des incrédules et

des indifférents. On peut les plaindre de leurs erreurs religieuses ou philosophiques, mais on n'a pas le droit de les expulser, ni de rompre à leurs dépens le principe de l'égalité des droits civils et politiques. Tout ce qu'on peut demander à un Etat ainsi constitué sur le principe de l'égalité des citoyens et de la liberté de conscience, c'est d'organiser la société d'après des lois qui ne froissent les opinions religieuses ou philosophiques de personne. L'Etat moderne n'est pas, comme on l'a dit, athée, mais incompétent en matière de foi. Il n'appartient pas à une religion, car il est une abstraction; or, les religions s'adressent aux individus et non aux abstractions. De plus, il se compose d'individus qui professent librement des doctrines diverses ; ce sont là des faits qu'il n'est pas permis de supprimer dans l'examen de la question si grave du mariage. Les différents Etats l'ont bien compris, et ils n'ont trouvé d'autre moyen, tout en respectant et recommandant l'union religieuse, que de créer à côté d'elle le mariage civil.

Une parole aussi grave que celle de l'Encyclique du mois de février dernier devait nécessairement soulever de très vives discussions. On peut dès maintenant signaler trois opinions qui tendent à se faire jour. Les uns attaquent franchement la doctrine de l'Encyclique; tout en reconnaissant que sa forme est sobre et modérée, ils lui reprochent d'attenter au principe de la liberté de conscience au moment même où l'Eglise invoque en France ce principe pour défendre son enseignement. « Elle ne se contente pas, dit-on, de mettre l'Etat dans une subordination complète vis-à-vis de l'Eglise pour toute la juridiction matrimoniale ; elle nous donne la théorie, la formule orthodoxe de la relation normale entre les deux pouvoirs..... En argumen-

tant comme il le fait, le pape se met tout aussi bien en dehors de la réalité du présent qu'en opposition avec le christianisme primitif. Il part toujours de la supposition que les nations modernes lui appartiennent, et qu'il y a, au dix-neuvième siècle, une chrétienté catholique, comme au moyen âge, soumise à sa personne. Ce n'est que dans cette illusion ou cette prétention qu'il peut puiser son droit d'imposer à l'Etat une législation matrimoniale conforme au dogme catholique, comme il réclame pour l'Eglise le monopole et la direction de l'enseignement. Les minorités religieuses, ne comptant pas à ses yeux, n'ont pas de droit réel. Il l'a toujours pensé, mais il ne l'avait jamais dit d'une manière aussi précise, aussi claire, que dans sa dernière Encyclique (1) ».

Parmi les défenseurs de l'Encyclique, les uns l'approuvent purement et simplement, et sans donner d'explication ; les autres essaient de la concilier avec la doctrine de la société moderne et de la liberté de conscience, en faisant remarquer que cette nouvelle déclaration du Saint-Siége, comme le *Syllabus*, suppose un état social idéal, c'est-à-dire entièrement composé de catholiques ; le pape n'a pas, en effet, à s'occuper des dissidents, ni à déterminer les règles auxquelles ils doivent être soumis. Cette doctrine s'appuie sur l'autorité considérable d'un jésuite italien, le père Liberatore. Dans son ouvrage, la *Chiesa e lo Stato*, il admet très nettement qu'il faut accepter en fait ce que l'on ne peut pas empêcher contre les droits de la vérité et de l'Eglise, notamment la liberté de conscience dans les Etats où il existe des divisions religieuses. Sa doctrine

(1) De Pressensé, *Revue politique et littéraire*, numéro du 28 février 1880.

est surtout fort précise dans son commentaire sur le passage d'une Encyclique de Pie IX du 8 décembre 1844, qui condamne la proposition suivante : « *Optimam esse conditionem societatis in qua imperio non agnoscitur officium coërcendi sancitis pœnis violatores catholicæ fidei, nisi quatenus pax publica postulat.* Le père Liberatore déclare que c'est un droit pour l'homme de ne pas être conduit par la force à la religion, et que ce droit de punir les attaques contre la religion n'est essentiel à la société civile que dans son état idéal *(optimam conditionem)*, c'est-à-dire dans une société entièrement composée de catholiques. Mais le père Liberatore n'admet pas que dans la pensée du pape, ce droit puisse s'appliquer à une société infestée par des divisions religieuses (1).

Il n'est pas inutile, pour terminer cet exposé, de faire connaître sommairement les doctrines des principales autres religions sur le mariage et le divorce.

A l'époque de la Réforme, les protestants rétablirent le divorce, et, de nos jours, ils l'autorisent, non-seulement pour cause d'adultère de la femme, mais encore pour d'autres motifs. En parlant de répudiation pour cause d'adultère, disent-ils, le Christ n'a pas entendu limiter le divorce à ce cas ; il n'a fait que répondre à une question qui lui était posée pour trancher une controverse entre les disciples d'Hillel et de Schemma. Le Christ n'a rien dit du divorce par consentement mutuel, ni du divorce pour causes déterminées par la loi civile, et il n'a entendu prohiber ni l'un ni l'autre.

D'ailleurs, beaucoup de docteurs protestants attri-

(1) On pourra consulter sur ces différents points les pages 19 et 20, 51 et 52, 70 à 74 de l'ouvrage précité.

buent au mariage le caractère d'un acte civil et lui contestent la qualité de sacrement. Luther disait déjà dans ses propos de table : « A mon avis, les questions de mariage appartiennent aux juristes ; ne sont-ils pas appelés à légiférer et à juger sur les droits du père, de la mère, des enfants ? Pourquoi ne s'occuperaient-ils pas aussi des devoirs entre époux (1). » Dans une autre doctrine, cependant, les docteurs protestants font du mariage un sacrement ; il en est même qui voient danger à l'abandonner entièrement au pouvoir civil. On cite l'exemple des rois de Pologne qui, avant le premier partage de ce pays, avaient le droit de dissoudre par leur seule volonté tous les mariages de leurs sujets. Il paraît que le roi Stanislas Auguste s'amusait à prononcer un grand nombre de divorces pour le seul plaisir de multiplier les mariages qui étaient une source de fêtes, de bals, d'illuminations et d'autres réjouissances. Aussi ses ducs, ses comtes et leurs femmes convolaient-ils souvent à de nouvelles noces (2).

L'Eglise grecque voit dans le mariage à la fois un contrat civil et un sacrement ; le premier est la base du second. D'ailleurs, le lien du mariage peut être dissous ; on en est resté à la loi de Justinien sur le divorce. L'empereur Léon III l'Isaurien (740), en se fondant sur les Saintes Ecritures, a, sans doute, ramené les causes de divorce à quatre (3), mais les Basiliques ont ensuite remis en vigueur les dispositions de Justinien (4).

(1) Cpr. Samuel Mayer, *op. cit.*, I, p. 393, note 20.
(2) Wraxall., *Mémoires of the Court of Vienna*, etc., vol. II, p. 110.
(3) Zhishman, dans *Eherecht der orient. Kirche* (Vienne, 1863), p. 105.
(4) Basil., lib. 28, tit. 7, *De repudiis*, c. 7.

Quant au Coran, il reconnaît à l'homme une suprématie à peu près absolue sur la femme et lui permet de la répudier à son gré. Toutefois, l'acte de répudiation est considéré comme contraire à la volonté de Dieu s'il est le résultat du caprice ou de la légèreté. Le Coran recommande au mari de réfléchir pendant quatre mois avant de répudier sa femme. Mahomet avait renvoyé son épouse à Aischa, chez ses parents, parce qu'il la soupçonnait d'infidélité. Mais bientôt il reconnut son erreur et la reprit auprès de lui. Aussi décida-t-il qu'on devrait punir de l'emprisonnement quiconque accuserait d'infidélité la femme d'autrui, toutes les fois que cette accusation ne serait pas confirmée par la déposition de quatre témoins dignes de foi. Lorsqu'un mari veut renvoyer sa femme, il lui fait remettre un acte de répudiation appelé *teloik boin;* cet acte rompt définitivement le mariage, tandis que le *telork ridj'ei* ne produit qu'une répudiation temporaire de la femme, une sorte de séparation de corps, de telle sorte que le mari peut à son gré renouer avec sa femme la vie conjugale, sans être obligé de renouveler son mariage (1).

(1) Sure, II, verset 228 et 229. — Gans, *Erbrecht,* I, p. 195. — Unger, *die Ehe,* p. 48. — Tornauw, *Mosl. Recht,* p. 157. (Ce dernier ouvrage snr le droit musulman a été traduit en français par Eschbach.)

SECONDE PARTIE

DROIT FRANÇAIS

A. Ancien droit (1).

L'Eglise étant parvenue de très bonne heure à s'emparer du mariage, ce sont en réalité les dispositions du droit canonique qui, en France comme en Allemagne, nous donnent le plus de renseignements sur cette institution. En vain chercherait-on des documents dans nos anciennes coutumes : elles gardent un silence complet, toutes les questions qui se rattachaient au mariage étant de la compétence exclusive des juridictions ecclésiastiques. C'est seulement à partir du seizième siècle que l'autorité royale, pour affirmer son droit de réglementer le mariage, menacé par leconcile de Trente, promulgua d'assez nombreuses ordonnances, soit pour s'approprier les principes du droit canonique, soit pour les exclure.

Dans ces ordonnances, expliquées ou complétées par le droit canonique, se trouvent indiquées les con-

(1) Voy. Pothier, *Contrat de mariage.* — Cpr. l'*Histoire du droit français* (en allemand) de Schæffner et celle de Warnkœnig.

ditions requises pour la validité de mariage. Ces conditions sont assez nombreuses et l'absence de l'une d'elles entraîne en général nullité de l'union contractée. « Attendu, dit Ferrière (1), qu'il s'agit ici de la dignité d'un sacrement de l'Etat, de l'honneur des sujets du roi et de l'intérêt des familles. »

On exigeait en dernier lieu dans notre ancien droit, pour la validité du mariage : le consentement des parties contractantes ; — la puberté de l'homme et la nubilité de la femme ; — la proclamation de trois bans à la paroisse de l'un et de l'autre des époux, faite un jour de dimanche ou de fête ; — l'assistance de quatre témoins ; — la bénédiction nuptiale du curé ou du vicaire de l'un des conjoints ; — le consentement des père et mère et celui des tuteurs ou curateurs pour le mariage des mineurs ; — enfin il fallait qu'il n'existât pas un empêchement dirimant.

Le mariage suppose donc avant tout le consentement des futurs époux ; c'est ce qu'établissent déjà les lois de l'époque barbare et les capitulaires des rois francs (2). Les lois des Francs se bornent toutefois à punir l'auteur d'un rapt, sans nous dire si la personne enlevée a le choix de consentir au mariage ou de le faire considérer comme inexistant. Dans la suite, et sous l'influence du droit canonique qui lui-même s'était inspiré du droit romain, il fut admis que le mariage entre le ravisseur et la personne ravie serait absolument nul. Puis le droit canonique permit le mariage, mais à la condition que la violence ait cessé et que la femme ait librement

(1) V° Mariage.

(2) *Lex burgund.*, LXII : Non solum ex parentum consensu, verum etiam proprio arbitrio et voluntate. — *Const. Chlotarii*, I, *regis, anno* 560, cap. 7 : Nullus per auctoritatem nostram matrimonium viduæ vel puellæ sine ipsarum voluntate presumat expetere.

consenti à son union. Ces principes furent, sauf quelques modifications, rappelés par le concile de Trente et passèrent dans nos ordonnances de 1629 et de 1639. L'erreur autorisait aussi dans certains cas à demander la nullité du mariage ; mais il n'en était pas de même du dol. « En mariage, trompe qui peut, » nous dit Loysel (1). Ce n'est pas d'ailleurs ici le lieu d'étudier les causes qui peuvent vicier le consentement de l'un ou de l'autre des époux (2).

D'ailleurs cet échange des consentements suffisait pour la validité des mariages. Dans l'ancien droit franc, comme chez les autres peuples d'origine germanique, le mariage avait d'abord pris la forme d'un achat et d'une vente. Cette forme était encore usitée à l'époque de la rédaction de la loi salique, mais le contrat n'était resté une vente qu'en apparence seulement. Le futur mari payait un prix purement fictif, un sou et un denier s'il s'agissait d'une fille, trois sous et un denier pour une veuve (3) ; dans ce dernier cas, le prix prenait le nom de *reipens*. La loi des Ripuaires ne parle pas de ce prix fictif de vente, mais elle en suppose l'existence. D'ailleurs il n'est pas question dans l'une et l'autre loi de l'intervention de l'Eglise ; il est dit seulement que le mariage commence à produire ses effets à partir du moment où la fiancée a été livrée solennellement à son futur époux et a partagé sa couche (4). Plus

(1) *Inst. cout.*, I, 2 a, 3. — En Allemagne, un vieux proverbe dit aussi : Hast du mich genommen, so musst du mich behalten.

(2) Nous avons déjà consacré précédemment un volume à cette question : *Du consentement des époux au mariage*, d'après le droit romain, le droit canonique, l'ancien droit français, le code Napoléon et les législations étrangères.

(3) *Lex Sal.*, XLVII, 1. — Form., *Lindenbrog*, 75. — Form., *Lang.*, 20. — Cf. Fredegar, *Epist. Greg. Turon*, c. 18.

(4) *Lex Sal.*, XIV, 10, — *Lex Alam.*, LIV.

tard, le droit canonique fit prévaloir le principe du droit romain suivant lequel *consensus, non concubitus nuptias facit*. Les conciles et les capitulaires parlèrent aussi de l'intervention de l'Eglise, mais sans en faire une condition de mariage. Celui-ci pouvait se contracter valablement, même d'après le droit canonique, comme nous l'avons vu, par le seul échange des consentements; la bénédiction nuptiale n'était qu'un pieux usage recommandé par l'Eglise et par les capitulaires (1). Le mariage continuait d'ailleurs à être entouré de solennités empruntées à l'Eglise ou aux vieux usages. Les Assises de Jérusalem nous dépeignent ces formes ordinaires du mariage : « S'il avient que aucuns hom veille prendre feme, qui que il soit, ou chevalier ou bourgeis, la raison commande que l'Eglise ne les doit espouser, il ne sont premiers afiés en tele manière ; ce est que celuy, qui veut prendre femme si deit jurer sur sains, que il n'a feme vive ne autre jurée, ne afiée, ne plevie, ne fait nul veu, par qui il ne puisse bien et leaument prendre ceste feme, que il veut ores prendre, et après ce sacrement, puisqu'il l'aura fait, deivent aussi deus houmes jurer por luy en tele maniere come est dit dessus. Et auci est tenue la feme de faire et deus femes o luy, come est dit dessus ; et enci deit estre et det valoir l'afier. Et puis deit l'Eglise mettre termine en l'espouser. Et por quei ? porce que dedens celuy termine deit estre criés par treis jors à la première messe et dit en ceste manière le prestre : A nous seigneurs et dames, fait assaver sainte Yglise que le tel home deit prendre ytel feme jusque à tel jor, et se nul ou nule y sait riens que dire por quei ce mariage ne deit estre, si veigne avant et le

(1) Cap., VI, 130, 133, 408 ; VII, 105, 179, 463.

die; ains qu'il soient espousés (1). » Mais ces solennités n'avaient aucun caractère juridique, elles offraient seulement l'avantage de rendre plus facile la preuve du mariage. Les principes du droit se résumaient dans un vieux proverbe que nous fait connaître le jurisconsulte Loysel :

« Boir, manger, coucher ensemble
Est mariage ce me semble (2). »

Mais d'anciens textes nous montrent combien la preuve de ces mariages formés par le seul échange des consentements et même consommés était souvent difficile (3) On se rappelle à la suite de quelles circonstances l'Eglise, après avoir reconnu pendant des siècles la validité des mariages secrets (4), a exigé au concile de Trente des solennités destinées à entourer le mariage

(1) Assises de Jérusalem, *Cour des Bourgeois*, ch. 162 (éd. Beugnot, II, p. 112).

(2) Loysel, *Institutes coutumières*, liv. I, tit. 2, règle 6. — Après l'ordonnance de Blois, pour que le proverbe ne se trouvât pas en défaut, on ajouta : Mais il faut que l'Eglise y passe.

(3) Voici deux extraits importants du *Liber practicus :*

Agebat quædam mulier de matrimonio consummato contra quemdam virum. Viro per definitivam sententiam absoluto appellatum fuit ex parte mulieris. Vir in causa appellationis proposuit, quod cum quadam alia muliere postea contraxerat, et matrimonium solempnizaverat in facie ecclesiæ. Certe istud factum non est peremptorium intentionis principalis, tamen quantum facere potest ad instructionem nostram, in dubio, probationem admisi ; quia primum matrimonium forte non probaretur liquido, et constat de secundo et non recederetur a certo propter incertum (*Liber practicus*, art. 176).

Petitio bona in causa matrimoniali. — Coram vobis, domine judex, proponit in jure Maria contra Johannem, quod ipsi contraxerunt sponsalia per verba de futuro, et matrimonium per verba de præsenti, et quod carnalis copula inter eos exstitit subsecuta ; et ex dicto matrimonio sic contracto et consummato dictus, I, ex dicta M. duos proles genuit.

(4) *Clandestine esponsaile,* sont approuvées par l'Eglise, disait Boutellier, II, 8.

d'une certaine publicité et à rendre sa preuve facile.

Les décisions du concile de Trente soulevèrent, nous l'avons vu, de vives protestations dans la plupart des Etats. On les considérait comme portant atteinte à l'indépendance du pouvoir civil. En France notamment, les prescriptions de ce concile n'ont jamais obtenu aucune autorité, et si quelques-unes de ses dispositions ont passé dans notre ancien droit, c'est parce que les ordonnances de nos rois se les sont appropriées. « Tous les catholiques reconnaissaient et ont toujours depuis reconnu, que les décisions de ce concile sur le dogme, font la foi de l'Eglise ; mais l'atteinte qu'il donne dans ses décrets de discipline aux droits de la puissance séculière, et à nos maximes sur un très grand nombre de points, fut et sera toujours un obstacle insurmontable à sa réception dans ce royaume (1) ».

Sous l'influence du concile de Trente et des prescriptions de nos rois, une grave et longue controverse s'éleva entre les canonistes et les jurisconsultes. Les canonistes revendiquèrent le mariage comme sacrement et contrat indivisibles ; les jurisconsultes soutinrent l'autorité temporelle, réclamant pour elle le droit de réglementer le mariage, contrat civil, base de la famille et de la société. Les canonistes, certains théologiens « et autres auteurs, nous dit Pothier, qui voudraient concentrer dans le pape toute puissance, la spirituelle et la temporelle, » voulaient que le mariage relevât exclusivement du pouvoir spirituel par les motifs suivants : le mariage est un sacrement qu'on ne peut pas séparer du contrat ; dans les plus anciens usages des chrétiens, le mariage est célébré à l'église ;

(1) Pothier, *Contrat de mariage*, 349.

les empereurs chrétiens, Léon le Philosophe en Orient et Charlemagne en Occident, ont prescrit l'intervention de l'Eglise comme condition du mariage; les empereurs et les rois ont donné leur consentement tacite à ce que le mariage fût un acte religieux en le laissant réglementer par les conciles.

A ces arguments les défenseurs du pouvoir temporel répondaient : que, si dans les plus anciens usages des chrétiens, le mariage est béni par l'Eglise, cependant cette bénédiction n'a jamais été considérée (avant le concile de Trente) comme une condition de validité du mariage ; que le capitulaire de Charlemagne (dont l'existence est aujourd'hui fort douteuse) n'a pas été appliqué ; que les princes n'ont jamais entendu renoncer au droit de réglementer le mariage ; qu'ils ont seulement reconnu le même droit à l'Eglise en tant qu'il s'agit du sacrement. Ces controverses (1) aboutirent à une sorte de transaction qui partagea le mariage entre l'Eglise et l'Etat; sacrement, il relevait de l'Eglise; contrat civil, du pouvoir temporel. Cette doctrine fut même acceptée par un certain nombre de canonistes. Les questions de nullité de mariage continuèrent à être abandonnées à l'autorité ecclésiastique. De même c'étaient les tribunaux d'Eglise qui prononçaient la séparation d'habitation ; mais les effets de cette séparation et les difficultés relatives à son exécution étaient abandonnées aux tribunaux civils, et même, dans le dernier état de notre droit, c'étaient ces derniers qui prononçaient la séparation d'habitation. D'ailleurs, après avoir enlevé ces affaires aux officialités, les tribunaux civils n'en appliquèrent pas moins les principes de l'Eglise.

(1) On peut en voir un exposé dans le traité de Pothier sur le contrat de mariage, nos 11 à 23.

Quant à la bénédiction nuptiale donnée par l'Eglise, elle n'est devenue une condition du mariage que depuis l'ordonnance de Blois de 1579. Jusqu'à la fin du seizième siècle, le mariage se faisait par le seul échange des consentements. Mais le mariage formé par le seul échange des consentements était souvent d'une preuve difficile; telles personnes qui avaient été mariées soutenaient le contraire et devenaient bigames sans qu'on eût contre elles aucune preuve pour les empêcher de se remarier; telles autres qui avaient vécu en concubinage, se prétendaient mariées depuis longtemps.

Déjà un édit de février 1556 avait prohibé les mariages clandestins (1). A la suite des Etats généraux de 1576, le roi Henri III publia en 1579 une grande ordonnance en 363 articles. Les 64 premiers traitent des affaires ecclésiastiques; les 66e et 67e confirment les ordonnances précédentes sur les hôpitaux, et contiennent de nouvelles dispositions à cet égard, les 68e et 69e s'occupent des universités et de l'instruction publique; les articles 89 à 209 sont relatifs à l'administration de la justice. L'article 181 est remarquable en ce qu'il crée les registres de l'état civil pour les mariages et les décès de toutes personnes; l'ordonnance de 1539 en avait déjà ordonné la rédaction pour les naissances et pour les décès des personnes pourvues d'un bénéfice. L'article 40, complément de l'édit de 1556 sur les mariages clandestins, détermine les formalités dont l'observation constituera la publicité

(1) Un autre de la même date punissait de mort le recel de la grossesse et de l'accouchement. On trouvera le texte de ces deux édits dans Isambert, t. XIII, p. 471. — Antoine Lecomte, professeur à Bourges et à Orléans a fait sur ces édits un très bon commentaire en latin. — Le Prestre a composé sur les mariages clandestins deux traités qui peuvent servir d'explication à l'ordonnance de 1556.

du mariage (1). Les dispositions de cette ordonnance sur la solennité du mariage furent plus tard renouvelées et encore mieux précisées par d'autres ordonnances royales (2).

L'ordonnance de Blois, article 44, défend « à tous notaires, sous peine de punition corporelle, de passer ou recevoir aucune promesse de mariage parparoles de présent. » On distinguait, en effet, les *sponsalia de praesenti* et les *sponsalia de futuro*. Les premières étaient les promesses de s'unir actuellement ; par cela seul qu'elles étaient échangées, le mariage se formait avant l'ordonnance de Blois ; mais on avait coutume de les faire constater par notaire. Les secondes étaient les promesses de se marier plus tard ; les *sponsalia de futuro* formaient de simples fiançailles ; dans ce dernier cas, avant l'ordonnance de Blois, le mariage datait du jour de l'échange de nouveaux consentements ou de la cohabitation laquelle impliquait consentement tacite (3).

D'après l'ordonnance de 1579, la déclaration de 1639, l'édit de 1697, l'échange des consentements doit se faire en présence du curé compétent qui le reçoit et de quatre témoins au moins. On ne considère comme compétent que le curé du domicile de l'un des deux

(1) Les articles 210 à 255 traitent des offices et de leur réduction ou suppression ; les articles 256 à 328, de la noblesse et des gens de guerre ; les articles 329 à 353, du domaine de la couronne et de la perception des aides et tailles. Enfin les articles 354 et suivants renferment des dispositions diverses, notamment sur la police et l'entretien des routes.

(2) Edit de Hénri IV de décembre 1606. — Ordonnance du 26 novembre 1639. — Edit de mars 1697. — Arrêt de règlement rendu pour la province d'Artois, le 23 avril 1707. — Déclaration du roi du 9 avril 1736.

(3) Comme il était autrefois défendu de représenter l'Eglise sur la scène, nos anciens écrivains ont continué, dans leurs comédies, à célébrer le mariage devant un notaire, sous la forme *de sponsalia de præsenti*.

époux, mais l'édit de 1691 admettait que le domicile s'établissait par six mois ou un an de résidence, suivant que le domicile précédent se trouvait dans le même diocèse ou dans un diocèse différent (1). Cependant un prêtre pouvait célébrer le mariage quoiqu'il ne fût le curé de l'une ni de l'autre des parties, s'il obtenait une permission spéciale du curé des contractants ou de l'évêque diocésain et il a été jugé de nos jours que le vœu de la loi était suffisamment rempli lorsque la délégation, quoique donnée à tout prêtre approuvé par l'ordinaire, était spéciale au mariage à célébrer (2). Quant au nombre de quatre témoins, il était exigé à peine de nullité. On dressait un acte de la célébration du mariage sur un registre tenu à cet effet dans chaque paroisse. Les rois eux-mêmes se soumettaient à ces règles. Ainsi, au mariage de Marie-Antoinette avec le Dauphin de France, plus tard Louis XVI et célébré à Versailles dans la chapelle du roi, le 16 mai 1770, le grand aumônier présenta les registres de la paroisse royale, apportés par le curé de cette paroisse, lequel avait assisté à toute la cérémonie (3).

Pour l'échange des consentements, il n'était pas nécessaire que les contractants prononçassent des formules sacramentelles : il leur suffisait de manifester leur consentement d'une manière quelconque. La présence effective des parties à la célébration religieuse n'était pas indispensable : on pouvait s'y faire représenter par mandataire, par procureur, et les mariages ainsi contractés étaient parfaitement valables, pourvu que les

(1) Cpr. les art. 74 et 167 du Code civil.
(2) Cpr. Req. rej., 3 août 1865, S. 65, 1, 420. — Bastia, 2 février 1857, S. 57, 2, 129.
(3) Denisart, vº Mariage, nº 52.

conditions des Décrétales de Boniface VIII fussent remplies (1). Ces conditions étaient au nombre de trois. Il fallait : que la procuration fût spéciale ; que le mariage fût contracté par le chargé de procuration lui-même, sans qu'il eût le droit de se substituer une autre personne ; que la procuration n'eût point été révoquée avant la célébration, même à l'insu du procureur. Quand le mariage avait été célébré en présence de mandataires, il était d'usage de réitérer la cérémonie ; mais cette nouvelle solennité était tout à fait facultative et ne donnait pas au mariage une perfection qu'il avait déjà depuis la première célébration. Aussi la cohabitation était-elle permise à partir de cette dernière époque et avant le renouvellement de la cérémonie. Pothier nous apprend que « Henri IV après avoir épousé par procureur Marie de Médecis, consomma à Lyon son mariage avant la réitération de la cérémonie (2).

Depuis l'ordonnance de Blois qui imposa la célébration à l'église, par le curé de la paroisse de l'un des deux époux, devant quatre témoins, l'acte religieux devint en même temps un acte civil. Les curés eurent le pouvoir de refuser la célébration des mariages pour lesquels il existait des empêchements canoniques, sauf le droit, pour les parties, de porter l'affaire devant

(1) C, 9, X. *De procur.*, 1, 19.

(2) *Du contrat de mariage*, n° 367. — Aujourd'hui un mariage par procureur serait nul, ou pour mieux dire inexistant. Sans doute le code civil ne s'est pas expliqué directement sur ce point, mais il résulte d'un certain nombre de ses articles que la présence des parties contractantes est une condition essentielle du mariage. Dès lors le mandat qui serait donné ne saurait être valable, et si le mandataire n'a pas qualité pour représenter l'un des futurs époux, il ne peut ni donner son consentement, ni recevoir celui de l'autre conjoint. Le mariage est donc inexistant puisque les consentements n'ont pas pu être échangés valablement. Nous croyons devoir modifier en ce sens la solution que nous avons déjà donnée à cette question dans notre étude sur le consentement des époux au mariage (n° 109).

l'official et en appel devant le métropolitain, ou, en cas d'abus, devant le parlement. Mais d'un autre côté, les curés, en célébrant les mariages, n'étaient-ils pas considérés comme des délégataires du pouvoir civil ? Jusqu'alors cette question n'avait pas été soulevée ; on n'y avait même pas songé. Mais maintenant elle s'imposait puisque l'autorité spirituelle et l'autorité temporelle s'attribuaient le droit de réglementer le mariage. Néanmoins, les Rois ne la tranchèrent pas directement. Ils se bornèrent à enjoindre aux curés de se soumettre aux dispositions des ordonnances royales ; on ne reconnaissait aucune valeur aux dispenses accordées par le pape contrairement aux ordonnances, à moins qu'elles n'eussent été confirmées par lettres patentes du roi enregistrées. C'est ainsi que les ordonnances de nos rois exigeaient le consentement des parents, bien que le concile de Trente eût prononcé l'anathème contre ceux qui contesteraient aux enfants le droit de se marier sans ce consentement.

Dans les lois des barbares, les filles et les femmes étaient seules soumises pour le mariage, à un consentement d'autrui, de celui qui exerçait sur elles le *mundium*. Nous avons vu, en effet, que le mari devait acheter ce *mundium*, ce qui supposait le consentement du père ou du tuteur qui l'exerçait. Celui qui aurait épousé une fille sans remplir cette formalité aurait été obligé de payer une composition au père ou au tuteur comme indemnité du *mundium* dont il l'avait privé (1). Cette condition du mariage disparut à partir de l'époque

(1) *Lex Burgund.*, 56, Add. — Chez les Wisigoths, la fille qui se mariait sans le consentement de son père, de sa mère ou du parent désigné par la loi, perdait son droit de succession. *Lex Wisig.*, III, 2, § 8.

où l'union des époux cessa de prendre la forme d'une vente fictive. C'est seulement quelques siècles plus tard que reparaît la nécessité du consentement des parents ou tuteurs, mais cette condition est exigée dans un but tout nouveau, dans l'intérêt de l'ordre public, en général pour empêcher les mésalliances. Le concile de Trente, suivant la pratique antérieure de l'Eglise, ne considéra le défaut de consentement des parents que comme un empêchement prohibitif, sans d'ailleurs établir aucune distinction entre les fils et les filles. La royauté alla beaucoup plus loin et dans l'ordonnance de Blois de 1566, plus tard confirmée par celle de 1576 (art. 41 et suiv.) et par une déclaration de Louis XIII de 1639, les mariages des mineurs contractés sans le consentement de leurs parents ou tuteurs furent déclarés nuls. La majorité était fixée quant au mariage à trente ans pour les hommes et à vingt-cinq pour les femmes. Après cet âge, les enfants étaient encore tenus de requérir le consentement de leurs parents, mais ils pouvaient passer outre sans attendre qu'ils l'eussent obtenu. Au contraire, jusqu'à ce qu'ils eussent atteint l'âge de vingt-cinq ans, le consentement des parents était prescrit comme condition essentielle du mariage. Si les père et mère étaient absents de longue absence, comme disait Pothier, et qu'on ignorât le lieu de leur domicile, l'enfant devait obtenir le consentement de son tuteur et l'avis de ses proches parents et alliés (1). En cas d'absence du père ou de la mère seulement, l'enfant avait besoin du consentement de son auteur présent, de son tuteur et de trois parents ou alliés choisis dans la ligne à laquelle appartenait l'époux absent. L'orphelin

(1) Déclaration du 6 avril 1686, Pothier, *op. cit.*, nos 329 et 330.

de père et de mère avait besoin, s'il était mineur, du consentement du tuteur ou du curateur qui devait prendre l'avis de la famille (1). Les bâtards, même mineurs, pouvaient se marier sans le consentement de leur père naturel, mais ils avaient besoin de celui de leur tuteur ou curateur (2). Les sanctions édictées par les ordonnances contre les mineurs quant aux mariages, qui ne demandaient pas le consentement de leurs parents, tuteur ou curateur, étaient fort sévères. Le mariage était entaché de nullité pour cause de séduction ; le mineur pouvait, en outre, être exhérédé par ses père et mère qui avaient aussi le droit de révoquer leurs donations antérieures; la déclaration de 1639 privait l'enfant de la capacité de recevoir par testament ; enfin il pouvait être frappé par le juge de peines arbitraires, ainsi que le prêtre qui avait célébré son union (3). A partir de vingt-cinq ans, les enfants pouvaient se marier, comme nous l'avons dit, sans le consentement de leurs parents en ce sens que le mariage était valable dans tous les cas, mais ils devaient au moins demander conseil à leurs parents par trois actes respectueux ; s'ils ne se soumettaient pas à cette formalité, ils encouraient l'exhérédation et d'autres déchéances pécuniaires. Dès que l'enfant, majeur quant au mariage, avait requis le consentement de ses parents, il échappait à l'exhérédation, même s'il ne l'avait pas obtenu. Cette règle souffrait toutefois une exception : le fils majeur de vingt-cinq ans et mineur de trente, à la différence de la fille, restait soumis à la peine de l'exhérédation, même quand il avait requis le consentement de ses parents, mais ne

(1) Ordonnance de Blois, art. 43.
(2) Arrêt du parlement de Paris, du 1er février 1662.
(3) Ordonnance de Blois, art. 40.

l'avait pas obtenu. Toutefois son mariage n'en était pas moins valable, et sous ce rapport, le fils âgé de vingt-cinq à trente ans différait du mineur de vingt-cinq ans (1).

Ces dispositions des ordonnances royales prononçant la nullité du mariage pour défaut de consentement des parents, tuteur ou curateur, étaient absolument contraires aux prescriptions du droit canonique. De même la déclaration de 1639 (art. 5 à 7) refusait tout effet civil à trois sortes d'unions bien qu'elles fussent contractées dans les formes et sous les conditions prescrites par l'Eglise : d'abord aux mariages secrets c'est-à-dire à ceux que les époux tenaient cachés à la connaissance des tiers ; ensuite aux mariages conclus au lit de la mort (*in extremis*) pour couvrir l'irrégularité de la vie d'un mourant ; enfin aux mariages conclus par ceux qui avaient encouru la peine de la mort civile. Cette déclaration toutefois, à la différence des ordonnances relatives au consentement des parents, n'était pas en contradiction avec les doctrines de l'Eglise, car celle-ci a toujours reconnu au pouvoir temporel le droit de déterminer les conditions du mariage.

Mais les ordonnances sur le consentement des parents ne sont pas les seuls actes dans lesquels nos anciens rois se sont permis de déterminer les conditions du mariage. Quelquefois le pouvoir royal se permettait de surenchérir sur le droit canonique. Ainsi, d'après les lois de l'Eglise, la différence de confession entre chrétiens (qu'il ne faut pas confondre avec la différence de religion), ne forme pas un empêchement de mariage. Cependant un édit de novembre de 1680 et un autre

(1) Cpr. Pothier, *Contrat de mariage*, nos 337 à 342.

d'août 1683 du roi Louis XIV, antérieurs à la révocation de l'édit de Nantes, firent de la différence de confession un empêchement dirimant de mariage et déclarèrent qu'en conséquence, les unions contractées contrairement à cette prohibition, seraient entachées de nullité, les enfants nés de ces unions considérés comme illégitimes. Cet édit ne comporta plus d'application, sauf en Alsace, après la révocation de celui de Nantes : les mariages contractés devant l'Eglise catholique furent seuls reconnus et les protestants durent, pour s'unir légitimement, recourir à l'Eglise, ce qui impliquait abjuration de leur foi (1). Si l'indépendance religieuse des protestants d'Alsace fut respectée, c'est parce qu'elle était stipulée dans les traités de Munster et d'Osnabruck. En Alsace, l'édit de 1680 resta en vigueur jusqu'en 1778 (2). Le pouvoir royal, comme on le voit, ne cessait pas d'affirmer son droit de réglementer les conditions comme les effets du mariage; il en usait même assez fréquemment. L'usage et la jurisprudence des parlements confirmaient ses prétentions. Ainsi la prêtrise n'avait constitué d'abord dans le droit canonique qu'un empêchement prohibitif. C'est seulement à partir du onzième siècle que la discipline ecclésiastique en fit un empêchement dirimant. Cette décision fut consacrée dans l'ordre civil par l'usage et la jurisprudence des parlements (3). Le prêtre qui voulait se marier devait se faire relever de ses vœux

(1) « Les mariages des Huguenots, quoique dépouillés des solennités requises par le Concile de Trente, ne pouvaient autrefois être dissous, même par le consentement des parties; mais depuis que Louis XIV a réuni ses sujets en une même religion, ils sont obligés aux mêmes solennités que les catholiques romains, sans lesquelles ils ne peuvent se marier valablement. » Berthon, *Décisions*, v° Mariage.

(2) On trouvera la déclaration du roi du 15 mars 1778 dans les ordonnances d'Alsace, II, p. 873.

(3) Pothier, *Du contrat de mariage*, n° 117.

par le pape, mais la permission de l'Eglise ne lui faisait pas recouvrer la vie civile, s'il l'avait perdue ; il devait pour rentrer dans la vie civile, s'adresser au roi, sinon son mariage, bien que légitime, ne produisait aucun effet civil, il n'acquérait pas la puissance maritale, et il restait incapable de succéder.

Le pouvoir royal s'était même occupé des fiançailles qui cependant n'avaient pas l'importance du mariage. Le droit canonique les avait empruntées à la législation romaine et en avait fait un préliminaire indispensable du mariage. Il était d'usage de les faire bénir par l'Eglise, mais cette cérémonie était si peu obligatoire, que, dans certains diocèses, la bénédiction de l'Eglise n'était donnée qu'après la publication des bans, c'est-à-dire longtemps après la formation des fiançailles par l'échange des consentements. Les fiançailles étaient faites soit par les futurs, soit par les parents Dans ce dernier cas, les fiancés, s'ils étaient mineurs, pouvaient à leur majorité se désister du contrat. Ils étaient, au contraire, liés s'ils le ratifiaient ou s'ils l'avaient passé eux-mêmes après avoir atteint leur majorité et sous la foi du serment. On considérait les fiançailles comme un préliminaire destiné à faire réfléchir les futurs époux sur la gravité du mariage et les devoirs qui en découlent. Les fiançailles ne liaient pas irrévocablement les parties, mais cependant elles les engageaient d'une manière assez sérieuse pour ne pas toujours laisser au consentement exigé, au moment du mariage, toute sa liberté, toute sa spontanéité. C'est pour ce motif qu'aujourd'hui le législateur ne reconnaît aucune valeur aux promesses de mariage. Autrefois les fiançailles donnaient naissance au profit de chacune des parties à une action pour sommer l'autre d'exécuter sa promesse ;

elles produisaient un empêchement prohibitif par suite duquel aucun fiancé ne pouvait se marier licitement avec une autre personne tant que ses fiançailles n'avaient pas été rompues : enfin, lorsqu'un seul des contractants voulait dissoudre les fiançailles sans le consentement de l'autre, la rupture qu'il provoquait pouvait donner lieu à des dommages-intérêts si elle n'était pas fondée sur des causes légitimes.

Dans le dernier état du droit, les fiançailles n'étaient plus un préliminaire indispensable, mais seulement habituel du mariage et l'ordonnance de 1639 (art. 7) avait exigé la rédaction d'un écrit en double original, en présence d'un certain nombre de parents. Cette formalité n'était d'ailleurs exigée que pour faciliter la preuve des fiançailles.

Le mariage n'était pas parfait par le seul échange des consentements devant le prêtre : il fallait que celui-ci reçut les consentements et donnât la bénédiction nuptiale. La déclaration de 1739, purement interprétative du droit antérieur, porte que « le curé recevra le consentement des parties et les conjoindra en mariage, suivant la forme pratiquée en l'Eglise ». Le refus du curé de célébrer le mariage s'oppose d'une manière absolue à ce que le contrat se forme (1). Le rôle du curé n'était donc pas purement passif. Tout en reconnaissant que les futurs époux s'administrent à eux-mêmes le sacrement du mariage par l'échange des

(1) Un arrêt du 5 septembre 1680 fait défense « à tous notaires, à peine d'interdiction, de passer à l'avenir aucuns actes par lesquels les hommes et les femmes déclarent qu'ils se prennent pour mari et femmes, sur les refus qui leur seront faits par les archevêques et évêques, grands-vicaires et curés de leur conférer le sacrement du mariage, à charge par lesdits prélats, leurs grands-vicaires et curés, d'en donner des actes par écrits qui contiendront les causes de leur refus, lorsqu'ils en seront requis. »

consentements, Pothier ajoute (1) : « Mais le prêtre est, de son côté, le ministre des solennités que l'Eglise et le prince ont jugé à propos d'ajouter au mariage pour sa validité, et il est préposé par l'Eglise et par le prince pour exercer ce ministère. »

Le curé dressait, après la célébration, un acte du mariage sur un double registre de la paroisse ; cet acte était public et faisait la preuve du mariage. Les curés tenaient aussi des registres de baptême et de sépulture en double. Chaque année, l'un des doubles était envoyé au greffe de la justice royale, et l'autre restait à la paroisse. L'usage de tenir des registres constatant les principaux actes de la vie civile a été introduit par l'Eglise ; il n'est pas très ancien, car on n'en trouve les premières traces que vers la fin du moyen âge. Ces registres n'ont été longtemps considérés par les jurisconsultes que comme des moyens de preuve ordinaire ; aucun caractère d'authenticité ne leur était attaché, et la preuve qui en résultait pouvait être complétée ou combattue par tout autre moyen, notamment par la preuve testimoniale. C'est le concile de Trente qui, le premier, formula des dispositions législatives sur la tenue de ces registres. Chez nous, à défaut des décrets du concile de Trente, la tenue des registres fut réglée par une série d'ordonnances royales (ordonnance de François 1er, de Villers-Cotterets, 1539, art. 50 et 51 ; ordonnance de Blois, d'Henri III, 1579, art. 181 ; ordonnance de Louis XIV, de 1667, titre 20 ; déclaration de Louis XV, du 9 avril 1736). La première ordonnance contenant des dispositions sur les registres de l'état civil, est celle de Villers-Cotterets, rendue en 1539 « *sur le fait de la justice.* » L'article 51 de cette ordonnance décide qu'il sera « *fait*

(1) *Du Contrat de mariage*, n° 353.

registre » des baptêmes, et que ces registres contiendront le temps et l'heure de la « *nativité* ». Il ajoute que « par l'extrait dudit registre, se pourra prouver le temps de majorité ou minorité et fera pleine foi à cette fin ».

L'article 50 de la même ordonnance veut qu'il soit « *fait registre en forme de preuve* » des sépultures des « *personnes tenant bénéfices* ». L'époque précise du décès des bénéficiers était en effet d'une haute importance, à cause du droit de « *prévention,* » ou de nomination du successeur par la cour de Rome avant les collateurs ecclésiastiques ordinaires, lequel droit ne s'exerçait que pendant un certain délai. En mai 1579, l'ordonnance de Blois (art. 181) ordonne aux greffiers de poursuivre l'apport au greffe d'un double des registres de baptêmes, mariages et sépultures, tenus par les curés ou leurs vicaires. Enfin, le titre XX de l'ordonnance du mois d'Avril 1667, « *touchant la réformation de la justice,* » contient, sur la tenue et l'autorité des registres, des règles très sages et qui, presque toutes, ont passé dans le code civil. Elles furent complétées pour un très grand nombre de détails, par la déclaration du roi du 9 avril 1736.

Avant la révocation de l'édit de Nantes, les registres tenus par les ministres protestants faisaient preuve comme ceux du clergé catholique.

Pour la tenue de ces registres comme pour la célébration du mariage, le clergé n'était donc considéré, dans ces ordonnances, que comme le délégataire du pouvoir civil. Il n'était pas possible de choisir des mandataires présentant plus de garanties de toutes sortes ; seulement, on aurait dû confier ce mandat aux ministres des différents cultes. Or, depuis la révocation

de l'édit de Nantes, les protestants, sauf exception pour ceux d'Alsace, étaient obligés de recourir au ministère des prêtres catholiques, ce qui impliquait de leur part abjuration, ou de renoncer à jouir d'un état civil légalement constaté.

Aussi à partir d'août 1685 l'état civil des protestants resta incertain et fort précaire. Cet état de choses dura jusqu'à l'édit de Louis XVI, du 18 novembre 1787 qui confia à certains officiers de justice la tenue des actes de l'état civil des protestants. Cependant déjà quelque temps après la révocation de l'édit de Nantes, une déclaration du roi du 11 décembre 1685 avait prescrit que les décès des protestants seraient constatés par les juges royaux sur l'attestation des deux témoins.

Il est important de retenir que, dans la célébration des mariages et pour la tenue des registres de l'état civil, le clergé était, dans le dernier état de notre ancien droit, un simple mandataire du pouvoir civil. En retirant au clergé toute immixtion dans les actes de l'état civil, le pouvoir temporel n'a fait qu'user du droit reconnu à tout mandant de révoquer son mandat.

Le divorce n'était admis sous aucun prétexte; mais suivant la doctrine consacrée par le concile de Trente, chaque époux était autorisé à rompre par sa seule volonté le mariage non consommé, à la condition de renoncer à la vie civile et de se retirer dans un couvent. La seconde cause de dissolution du mariage non consommé, le vœu fait par l'un des époux de vivre à l'avenir dans une continence absolue sans sortir du monde, n'était plus reconnue. L'entrée dans les ordres n'aurait pas permis de dissoudre le mariage, même non consommé, parce qu'elle n'entraînait pas, comme la vie religieuse, entière renonciation au siècle; si un homme marié s'était fait prêtre,

il aurait été renvoyé des ordres à sa femme (1). On discutait sur la question de savoir si l'infidèle comme le juif converti au christianisme pouvait rompre le lien du mariage qu'il avait contracté dans l'infidélité (2).

Dans aucun cas, la séparation volontaire n'était permise. La séparation devait nécessairement être prononcée par justice; mais les époux pouvaient toujours en faire cesser les effets en se réconciliant. Les causes de la séparation d'habitation n'étaient pas rigoureusement fixées; elles étaient abandonnées à l'appréciation des juges. « On doit laisser, dit encore Pothier, entièrement à l'arbitrage et à la prudence du juge les causes de séparation. Il ne doit être ni trop facile à l'accorder pour des dissensions passagères, ni trop difficile, lorsqu'il aperçoit dans les parties une antipathie et une haine invétérées que la cohabitation ne pourrait qu'augmenter si on les laissait ensemble (3). » Il s'était toutefois formé sur ce point une doctrine à peu près fixe. La femme pouvait demander sa séparation contre son mari pour cause d'excès, sévices et injures graves; mais l'adultère du mari n'était pas considéré comme un fait assez criminel pour autoriser sa femme à se séparer, même si le mari avait entretenu sa concubine au domicile conjugal (4). Au contraire, l'adultère de la femme autorisait le mari à demander la séparation d'habitation. « La raison de différence est évidente, dit Pothier (5); l'adultère que commet la

(1) Sur les autres différences qui existaient entre le mariage consommé et le mariage non consommé, cpr. notre *Traité sur le consentement du Mariage*, p. 89.

(2) Pothier, *Du Contrat de Mariage*, n° 498.

(3) *Du contrat de Mariage*, n° 507.

(4) Ferrière, sur l'art. 224 de la *Coutume de Paris*, tit. X. — Arrêt du parlement de Paris du 7 avril 1756.

(5) *Du contrat de Mariage*, n° 516.

femme est infiniment plus contraire au bon ordre de la société civile, puisqu'il tend à dépouiller la famille et à en faire passer les biens à des enfants adultérins qui y sont étrangers ; au lieu que l'adultère commis par le mari, quoique très criminel en soi, est, à cet égard, sans conséquence. Ajoutez qu'il n'appartient pas à la femme qui est un être inférieur, d'avoir aucune inspection sur la conduite de son mari, qui est son supérieur. Elle doit présumer qu'il lui est fidèle, et la jalousie ne doit pas la porter à faire des recherches de sa conduite. » J'aime mieux Juvénal qui se plaint déjà de cette différence : « *Dat veniam corvis, vexat censura columbas* (1). Combien est plus pure aussi la doctrine de saint Jérôme : « *Apud nos, quod non licet fœminis, æque non licet viris et eadem servitus pari conditione censetur* (2). » Les excès et sévices de la femme n'obligeaient pas le mari à demander la séparation d'habitation qui aurait entraîné séparation de biens ; il pouvait s'adresser à l'autorité pour faire emprisonner sa femme. « La justice, dit Denisart (3), doit écouter les plaintes des maris qui se trouvent dans cette malheureuse position, et doit, selon moi, ordonner la réclusion des femmes qui se sont portées à certains excès envers leurs maris. Ce ne serait pas assez d'ordonner qu'une femme convaincue de voies de fait et d'avoir été le tyran de son mari sera renfermée dans un couvent ; une infinité de femmes qui ont passé leurs jours dans les exercices de la vertu (mais qui s'en écartent en cette partie et deviennent le supplice de leurs époux) font leurs délices d'une pareille retraite, et ce serait plutôt

(1) Sat. 2.
(2) Opera, t. I, col. 455.
(3) V° *Séparation d'habitation*.

les récompenser que les punir; en leur imposant une pareille obligation, on doit les frapper par des endroits plus sensibles. »

On mettait parmi les causes de séparation le refus du mari d'exécuter la sentence qui le condamnait à fournir des aliments à sa femme dans le besoin, ainsi que l'accusation d'un crime capital intentée calomnieusement par le mari. Mais les maladies les plus terribles, les difformités, la folie, n'autorisaient jamais les époux à se séparer. Quant à l'hérésie du mari, admise par le droit canon comme cause de séparation pour que la femme ne fût pas corrompue, il n'en pouvait être question en France, « où il n'y avait plus qu'une religion » (1).

La séparation de corps emportait toujours celle de biens; la femme devenait libre d'administrer sa fortune.

La séparation d'habitation produisait des effets fort graves contre la femme coupable d'adultère : celle-ci perdait son droit au douaire et la reprise de sa dot. De plus, elle était enfermée dans un couvent, et si, au bout de deux ans, son mari n'avait pas consenti à la reprendre, elle était rasée, voilée et condamnée à rester dans la communauté pendant toute sa vie. Mais après la mort de son mari, la femme condamnée à la réclusion à perpétuité dans un monastère pouvait sortir, si elle trouvait à se remarier. Lorsque la séparation était prononcée contre le mari, la garde des enfants était confiée à la mère, qui était libre de rétablir à son gré la vie commune et, par suite, la communauté de biens (2).

(1) Pothier, *loc. cit.*, n° 513.
(2) Voy. sur la séparation d'habitation, dans le dernier état de no-

Déjà dans notre ancien droit, les séparations d'habitation étaient vues avec beaucoup de défaveur; les tribunaux ne les accordaient qu'à la dernière extrémité et Pothier se montrait leur fidèle interprète lorsqu'il écrivait les lignes suivantes : « L'union du mari et de la femme, qui est formée par Dieu même et le pouvoir que chacun des conjoints donne sur son corps par le mariage à l'autre conjoint, ne permettent à une femme de demander la séparation d'habitation que pour de très grandes causes. Elle est obligée, dans le for de la conscience, à s'attirer, par sa douceur et par ses complaisances, les bonnes grâces de son mari ; et si, en faisant tout ce qui est en son pouvoir, elle ne peut y réussir, elle ne doit opposer que la patience aux mauvaises manières de son mari et même à ses mauvais traitements. Elle doit regarder cela comme arrivant par l'ordre de Dieu et comme une croix qu'il lui envoie pour expier ses péchés. Cela ne doit pas l'empêcher d'aller, dans toutes les occasions, au-devant de tout ce qui peut faire plaisir à son mari, et elle ne doit pas le quitter, à moins que les choses ne soient portées aux plus grandes extrémités » (1).

tre ancien droit, Pothier, *Contrat de mariage*, n° 506 et suiv. — Denisart, V° *Séparation entre mari et femme*. — Ferrière, V° *Séparation*, etc.

(1) *Contrat de mariage*, n° 507.

B. Époque révolutionnaire

Loi du 20 septembre 1792.

Parmi les lois de la Révolution française qui devaient fonder la société nouvelle et réorganiser la famille, on en rencontre un certain nombre qui ont beaucoup dépassé la mesure d'une sage réforme ; telles sont les lois sur le divorce.

La sécularisation du droit était une réforme ardemment demandée; cette réforme impliquait l'existence du mariage civil et l'attribution des registres de mariage, naissances et décès, à des fonctionnaires de l'état civil.

Elle avait été préparée de longue main par les juristes qui, malgré leur profond attachement aux dogmes de l'Eglise catholique, avaient sans cesse soutenu les droits de l'Etat représenté par le roi, contre les empiètements du clergé. Ils n'avaient jamais consenti à ne considérer dans le mariage qu'un sacrement. Nous avons vu qu'on était arrivé, par une sorte de transaction, à admettre la coexistence d'un sacrement et d'un contrat civil intimement liés l'un à l'autre. Mais en reconnaissant aux curés le droit de célébrer les mariages, nos anciens juristes ne les considéraient que comme des mandataires du roi (1). L'Etat conservait

(1) Cette doctrine est aussi celle de Pothier et ceux qui ont étudié la vie de ce jurisconsulte connaissent sa piété et son attachement à l'Eglise.

donc le droit de révoquer le mandat qu'il avait donné et c'est de ce droit qu'il allait user en sécularisant le mariage. Quant au divorce, son introduction n'a jamais été demandée par les juristes ; ce sont les philosophes du dix-huitième siècle qui les premiers ont proposé de supprimer l'indissolubilité du mariage. Sous ce rapport, les juristes semblent avoir mieux compris que les philosophes l'esprit de la nation. De tous les cahiers présentés aux Etats généraux, un seul, celui du duc d'Orléans, réclamait l'établissement du divorce. Il s'est ensuite opéré, au moment de la Révolution, une véritable fusion dans l'esprit du nouveau législateur entre les doctrines des juristes et celles des philosophes, et c'est de cette fusion que sont nées les lois sur le mariage et sur le divorce. La Constitution du 3 septembre 1791 déclare dans son article 7 (tit. II) : « La loi ne considère le mariage que comme contrat civil. Le pouvoir législatif établira pour tous les habitants, sans distinction, le mode par lequel les naissances, mariages et décès seront constatés et il désignera les officiers publics qui en recevront les actes. » Certaines personnes prirent la première partie de cet article à la lettre, et sans attendre la loi organique qui était annoncée, se crurent autorisées à contracter mariage précisément comme dans l'ancienne comédie, c'est-à-dire par devant notaire ; on vit même, dit-on, des actes semblables rédigés par des huissiers. A l'étranger, on se maria aussi devant les consuls. On était d'ailleurs habitué à voir les consuls dresser des actes constatant des conventions civiles et commerciales entre Français, recevoir des testaments, exercer même dans certains cas le droit de juridiction, le tout en vertu d'anciennes ordonnances. Tous ces mariages, contractés antérieure-

ment à la loi du 20 septembre 1792, furent reconnus par cette loi (tit. IV, sec. 4, art. 9). La loi (même article 9) déclarait que les personnes qui s'étaient ainsi mariées devant des officiers publics étaient tenues de venir dans la huitaine déclarer leur mariage à la municipalité de leur domicile (1). On couvrit ainsi l'erreur de ceux qui s'étaient mépris sur le sens de l'innovation projetée (2). De son côté, le législateur de 1792 comprit mal le mariage civil ; ses doctrines confuses sur le droit naturel l'amenèrent à assimiler le mariage aux contrats ordinaires qui se forment et se rompent par le consentement des parties. « Vous avez décrété que le divorce aura lieu en France, disait un rapporteur à l'Assemblée législative. La *Déclaration des Droits* et l'article de la Constitution qui veut que le mariage soit regardé par la loi comme un contrat civil, vous ont paru avoir consacré le principe, et le décret n'en est que la déclaration... Le comité a cru devoir accorder ou conserver la plus grande latitude à la faculté du divorce, à cause de la nature du mariage, qui a pour base principale le consentement des époux, et parce que la liberté individuelle ne peut jamais être aliénée d'une manière indissoluble par aucune convention » (3). « L'homme, disait Vergniaud, n'a pas reçu seulement de la nature l'amour de l'indépendance, mais encore

(1) Mais la jurisprudence a reconnu, avec raison, que le défaut de cette déclaration n'empêchait pas la validité du mariage, puisque la loi s'était bornée à prescrire la déclaration comme mesure d'ordre public, sans attacher à son omission la peine de nullité.

(2) « Mais ces singuliers abus ont probablement fourni aux rédacteurs du Code l'idée de confier aux agents diplomatiques et aux consuls, le soin de dresser, non seulement les actes de mariage, mais tous les actes de l'état civil des français en pays étranger. » (Valette, *Cours de code civil*, p. 104.)

(3) Rapport de Léonard Robin, présenté à la séance du 9 septembre 1792. Voir le *Moniteur* du lendemain.

une foule d'autres passions, avec l'industrie qui les satisfait et la raison qui les dirige. Tout législateur doit consulter la nature et la politique; la nature, parce qu'il fait des lois pour des hommes; la politique, parce qu'il fait des lois pour des hommes en société. La constitution la plus parfaite sera celle qui fera jouir de la plus grande somme de bonheur et le corps social et les individus qui le composent » (1).

Ces doctrines nous font comprendre dans quel esprit a été votée la loi du 20 septembre 1792; ce sont les Girondins qui ont fait adopter leurs principes philosophiques sur le mariage, la famille et la propriété.

Ces doctrines étaient elles-mêmes empruntées à la philosophie du dix-huitième siècle. Selon Diderot (2), le mariage perpétuel est un abus; c'est « la tyrannie de l'homme qui a converti en propriété la possession de la femme. » Il estime que la pudeur, comme le vêtement, est une invention, et sa doctrine est partagée par les autres philosophes (3). C'est avec une sorte d'admiration qu'il nous dépeint et nous cite comme modèle les mœurs d'Otaïti où les mariages ne durent souvent qu'un quart d'heure. Il finit par cinq ou six pages « capables de faire dresser les cheveux » (4), avouant lui-même que « sa doctrine n'est pas bonne à prêcher aux enfants ni aux grandes personnes. »

Les mœurs du dix-huitième siècle étaient trop sou-

(1) Discours du 8 mai 1793. *Choix des rapporteurs*, p. 310.

(2) *Supplément au voyage de Bougainville.*

(3) Voyez *Mémoires de Mme d'Epinay*, conversation avec Duclos et saint Lambert chez Mlle Quinault. — Rousseau, *Confessions*, première partie, liv. V, — Ce sont aussi là les principes enseignés par M. de Tavel à Mme de Warens.

(4) Suite du *Rêve de d'Alembert*, entretien de Mlle de Lespinasse et de Bordeu. — *Mémoires de Diderot*, Lettres à Mlle Volant, III, 66.

vent aussi relâchées que ses préceptes. « La morale des sexes, dit M. Taine, semble bien lourde à des hommes de plaisir, aux compagnons de Richelieu, de Lauzun et de Tilly, aux héros de Crébillon fils, à tout ce monde galant et libertin pour qui l'irrégularité est devenue la règle. Nos gens de bel air adoptent sans difficulté une théorie qui justifie leur pratique. Ils seront bien aise d'apprendre que le mariage est une convention et un préjugé. Ils applaudiront Saint-Lambert lorsqu'à son souper, levant un verre de champagne, il proposera le retour à la nature et les mœurs d'Otaïti (1). » Le mariage avait perdu une partie de sa dignité, autant par la manière dont il se contractait dans les hautes classes que par l'oubli des devoirs qu'il crée entre époux. Le duc de Luynes, à quatorze ans, épousait Mlle de Neufchâtel, qui en avait treize ; le célèbre maréchal de Richelieu, qui devait à quatre-vingt-quatre ans, contracter un troisième mariage, avait célébré à quinze ans ses premières noces ; la reine d'Espagne, femme de Philippe V, s'était mariée à treize ans ; Marie-Antoinette à quatorze ans et demi. Sur ce point, comme sur tous les autres, les abus et les doctrines du dix-septième siècle préparaient l'œuvre de la Révolution.

La loi de 1792 admet le divorce avec une déplorable facilité, et cependant la cause du divorce n'était pas populaire au moment où furent convoqués les Etats généraux : mais les idées des philosophes l'emportèrent plus d'une fois sur les vœux de la nation. La loi commence par rappeler dans son préambule le principe sur lequel elle fait reposer le divorce. « Considérant, dit-elle, combien il importe de faire jouir les Français de

(1) *Les origines de la France contemporaine*, I, p. 372.

la faculté du divorce, qui résulte de la liberté individuelle dont un engagement indissoluble serait la perte », et elle ajoute même : « Considérant que déjà plusieurs époux n'ont pas attendu, pour jouir des avantages de la disposition constitutionnelle suivant laquelle le mariage n'est qu'un contrat civil, que la loi eût réglé le mode et les effets du divorce. » Cette loi organise ensuite trois divorces différents : l'un pour causes déterminées, l'autre par consentement mutuel, et le troisième par la volonté d'un seul des époux, pour cause d'incompatibilité d'humeur.

Etant admis le principe du divorce, la loi du 20 septembre 1792 se justifie sans difficulté lorsqu'elle l'autorise pour l'une des causes suivantes : la condamnation de l'un des époux à une peine afflictive ou infamante ; crime, sévices ou injures graves de l'un des époux envers l'autre ; le déréglement de mœurs notoire ; l'abandon de l'un des époux par l'autre pendant deux ans au moins. On comprend encore qu'aux causes précédentes la loi ait ajouté l'émigration défendue par les lois ; c'est une disposition qui tient aux troubles de l'époque. Mais comment justifier le divorce pour cause de démence ou d'absence de l'un des conjoints ? L'un des époux est-il atteint d'aliénation mentale, l'autre peut divorcer et s'affranchir des soins qu'il doit, d'après la loi morale, à son conjoint. L'absence prolongée pendant cinq ans autorise aussi l'époux présent à mettre un terme à ses ennuis en faisant rompre son union (1).

A côté de ces divorces pour causes déterminées, la loi autorise aussi la rupture du mariage par consente-

(1) Voir sur le divorce pour causes déterminées, l'art. 4 du § 1 de la loi du 20 septembre 1792.

ment mutuel. D'un commun accord, les époux peuvent divorcer comme ils se sont mariés; la loi ne se préoccupe que de leur volonté, sans songer aux enfants ni à la famille. Les époux qui voulaient arriver au divorce par consentement mutuel, devaient préalablement convoquer une assemblée de six parents (ou amis, à défaut de parents) qu'ils choisissaient l'un et l'autre par moitié. Il fallait laisser écouler au moins un mois d'intervalle entre la convocation et la tenue de l'assemblée de famille. Au jour fixé, les parents ou amis essayaient de concilier les époux et de les décider à rester unis. S'ils n'y pouvaient parvenir, il était dressé, par un officier municipal, procès-verbal constatant que les parents n'avaient pu décider les époux à changer de détermination. Un mois au moins et six mois au plus après la date de cet acte, les époux pouvaient se présenter devant l'officier public chargé de recevoir les actes de mariage dans la municipalité où le mari avait son domicile, et, sur leur demande, cet officier public était tenu de prononcer leur divorce sans entrer en connaissance de cause. Après le délai de six mois dont on vient de parler, les époux ne pouvaient être admis au divorce par consentement mutuel qu'à la condition d'observer de nouveau les mêmes formalités et les mêmes délais. En réalité, ces formalités et ces délais ne changeaient jamais la détermination des époux.

Le divorce par la seule volonté d'un seul des époux et sous prétexte d'incompatibilité d'humeur était bien plus dangereux encore; chaque époux pouvait rompre le contrat pour les motifs les plus futiles. Les formes de ce divorce étaient les mêmes que celles du divorce par consentement mutuel, seulement les délais pour y parvenir étaient plus longs, et, pendant ces délais, les

époux devaient se présenter à trois assemblées de familles successives qui essayaient de les concilier (1).

En établissant le divorce, la loi du 20 septembre 1792 supprima la séparation de corps. Cette suppression lui a été plus d'une fois reprochée; on a dit qu'elle portait atteinte aux convictions religieuses des catholiques. Il est vrai que le divorce rompt seulement le mariage civil et que les catholiques peuvent, au point de vue religieux, le considérer comme une simple séparation de corps. Mais c'est là une distinction un peu subtile et qu'il est, par ce motif même, difficile de faire comprendre à la masse d'une nation dont la grande majorité professe la religion catholique. D'un autre côté, les catholiques se plaignent de ce que le divorce permet à chaque époux de se remarier tout de suite, ce qui rend impossible la réconciliation permise et même, dans certains cas, conseillée par l'Eglise. Aussi verrons-nous que ces motifs ont formé un grave obstacle à l'admission du divorce dans la plupart des Etats catholiques.

Quoi qu'il en soit, la loi du 20 septembre 1792 n'avait pas pu tout prévoir, et il fallut la compléter par des dispositions postérieures qui, loin de restreindre le divorce, s'efforcèrent de le faciliter encore davantage. Ainsi, on se plaignait de ce que les tribunaux de famille chargés de statuer sur les contestations entre époux divorcés et relatives, par exemple, à l'éducation des enfants et aux biens des époux, laissaient traîner les affaires en longueur; pendant ce temps, le mari dissipait trop souvent les biens laissés à sa disposition. Pour mettre un terme à ces abus, une loi du 8 nivôse

(1) Sur les formes du divorce par consentement mutuel et pour cause d'incompatibilité d'humeur, voy. art. 8 et suivants du § 2 de la loi précitée.

an II ordonna aux tribunaux de famille de statuer dans le mois de la demande. Cette même loi mit fin à des doutes qui s'étaient élevés sur le point de savoir si les époux divorcés pouvaient se remarier tout de suite. Elle se prononça pour l'affirmative, non-seulement au profit du mari, mais même à l'égard de la femme, à la condition qu'il fût constaté que le mari avait quitté le domicile conjugal et sa femme depuis au moins dix mois; dans les autres cas, celle-ci devait attendre dix mois avant de se remarier.

Une seconde loi additionnelle, du 4 floréal an II, vint encore surenchérir sur ces dispositions. Il fut permis à la femme divorcée de se remarier avant l'expiration de dix mois et sans délai toutes les fois qu'elle prouvait son accouchement depuis la dissolution du précédent mariage (art. 7). Cette même loi veut que chaque époux puisse obtenir le divorce sans aucun délai d'épreuve, s'il établit par acte authentique ou de notoriété qu'il vit séparé de son conjoint depuis plus de six mois. L'époux demandeur peut prouver également par acte authentique ou par acte de notoriété qu'il a été abandonné de l'autre époux depuis plus de six mois; il obtient alors son divorce sans être même obligé d'agir au préalable contre son conjoint, par la seule présentation de ses pièces.

Un peu plus tard, on dispensa aussi d'assigner l'autre conjoint, l'époux qui demandait le divorce, s'il établissait, par acte authentique ou de notoriété, que son conjoint était émigré ou résidait en pays étranger ou demeurait aux colonies. (Loi du 24 vendémiaire an III.)

On ne tarda pas à constater les effets déplorables de ces lois et le législateur prit même tout de suite quel-

ques mesures partielles pour enrayer le mal. Ainsi, une loi du 15 thermidor an III suspendit l'exécution des lois des 8 nivôse et 4 floréal an II; le divorce pour cause d'incompatibilité d'humeur fut aussi soumis à un plus long délai d'épreuve par la loi du 1er jour complémentaire de l'an V. Mais ces mesures de détail restèrent sans efficacité; le germe du mal se trouvait dans les principes mêmes de la loi de 1792, qui, en autorisant le divorce avec une trop grande facilité, avait supprimé la stabilité et compromis l'existence de la famille. La licence des mœurs ne connut plus de bornes. Chose remarquable, le divorce produisit les mêmes effets qu'autrefois à Rome : il fut inutile ou dangereux; inutile dans les campagnes, où les paysans refusèrent d'y recourir; dangereux dans les grandes villes, où l'on se hâta d'en abuser.

A Paris, dans les vingt-sept mois qui suivirent la promulgation de la loi de 1792, les tribunaux prononcèrent cinq mille neuf cent quatre-vingt-quatorze divorces. Dans les trois premiers mois de 1793, les divorces égalèrent à Paris le nombre des mariages. Malgré la réaction de l'an III, les abus continuèrent. Dans le seul mois de pluviôse an III, il y eut 223 divorces, dont 205 demandés par des femmes pour incompatibilité d'humeur. En l'an VI, le nombre des divorces dépassa dans la capitale celui des mariages. Trois ans plus tard, le mal était à peu près aussi grand. « A Paris, en l'an IX, dit le tribun Carion Nisas, le nombre des mariages a été de quatre mille environ, celui des divorces de sept cents; en l'an X, celui des mariages d'environ trois mille seulement, celui des divorces de neuf cents, proportion croissante et décroissante qui, des deux côtés, effraie, et qui prouve que le divorce, loin d'être un

remède, est, comme je l'ai dit, un mal de plus, et qu'au lieu d'appeler les citoyens au mariage, comme on l'a prétendu, ils les en dégoûte, il les en écarte. » Il faut lire les éloquentes réclamations qu'inspirait aux orateurs de nos Assemblées révolutionnaires l'effroyable progrès de la corruption. « La loi du divorce est plutôt un tarif d'agiotage qu'une loi » disait Maille. « Il faut faire cesser, disait Delleville, le marché de chair humaine que les abus du divorce ont introduit dans la société. » « Vous voulez des mariages, disait Siméon, et vous en ôtez ce sentiment de l'âme, cette pudeur qui les distingue des cohabitations fortuites, et vous en faites une véritable prostitution. » Savard n'était pas moins énergique : « Le législateur a perdu de vue qu'il importe surtout d'empêcher les passions violentes de naître et d'éclater, et qu'une fois déchaînées elles ne connaissent plus de bornes. » Un individu condamné à douze ans de fer pour bigamie se pourvoit en cassation. Il fait observer « qu'on ne peut voir dans la bigamie que la négligence d'une simple formalité, que la bigamie n'était autrefois un crime que parce qu'elle portait atteinte aux droits du mariage, mais qu'il n'y a point de droits du mariage, là où un des époux peut le dissoudre par un simple acte de sa volonté. » Le pourvoi fut admis. Ces expériences ne suffisent-elles pas pour établir les dangers du divorce en France.

C. Le Code civil; l'abolition du divorce (1)

La tâche du rédacteur du Code civil fut lourde; il s'agissait de réorganiser la famille, de rendre au mariage le premier rang qu'il doit occuper dans les institutions civiles, de donner satisfaction au sentiment religieux du plus grand nombre sans froisser des convictions philosophiques sincères, et surtout sans renier le grand bienfait de la sécularisation du droit. Le mariage civil fut maintenu sans discussion. Mais le divorce souleva quelques difficultés. Instruits par l'expérience des résultats obtenus depuis 1792, quelques-uns des rédacteurs du Code civil, comme Portalis et Malleville, se montrèrent

(1) *Le divorce au dix-neuvième siècle*, par de Bonald (1801). — *Le Mariage, la séparation et le divorce*, par Tissot. — *Le Mariage chrétien et le Code Napoléon*, par le père Daniel, 1 vol. 1870. — *De la Séparation de corps*, par Massol. — *Traité sur l'adultère*, par Sièyes. — *Le mariage civil et le mariage religieux*, par Sincholle. — *Considérations sur le mariage au point de vue des lois* par le comte de Breda, 1 vol., Paris, chez Palmé. — *Le mariage et les mœurs en France*, par Louis Legrand.

— Voy. aussi les art. suiv. : *Mémoire* de M. Massol sur les projets de réforme relatifs à la séparation de corps, *Revue de législation* de Toulouse, XVII, p. 51. — Ravelet, *Du mariage civil et du mariage religieux*, dans la *Revue du monde catholique*, janvier 1870. — *Du mariage religieux et du mariage civil*, dans la *Revue du monde catholique*, mars 1870. — *Mémoire* lu par M. Batbie à l'Académie des sciences morales et politiques, et les *Etudes de législation* de M. Duverger dans les tomes XXVIII, XXIX et XXX de la *Revue critique*. — Bertauld, *L'Indissolubilité du mariage*, dans la *Revue critique*, XIX, p. 422. — Thésard, *Le mariage civil* dans la *Revue générale de droit*, année 1877. — *Du mariage et du divorce* par Jules Mahi, dans la *Revue occidentale*, année 1879, p. 366.

peu favorables au divorce; ils n'osèrent pourtant pas l'abolir, craignant de soulever l'opinion contre eux. Ils crurent aussi que la liberté des cultes exigeait le maintien d'une institution reconnue par les religions dissidentes. Ils se bornèrent à attaquer le divorce arbitraire avec des arguments qui portaient la plupart contre le divorce même. Le premier consul inclinait vers le divorce, mais plutôt par intérêt personnel que par conviction sincère. Il songeait déjà à rendre son pouvoir héréditaire et en vue de cette éventualité, il voulait se réserver le moyen de dissoudre une union stérile pour assurer la continuation de sa dynastie par les descendants. Locré affirme cependant que le premier consul voyait le divorce d'un mauvais œil et il est certain que dans les statuts organiques il l'interdit aux princes de sa famille. Le nouveau code admit le divorce pour les trois causes déterminées qui permettent encore aujourd'hui de demander la séparation de corps. Le divorce pour incompatibilité d'humeur fut supprimé; mais on eut le tort de conserver le divorce par consentement mutuel, tout en l'entourant d'ailleurs de sérieuses garanties.

Lors de la discussion au conseil d'Etat, la question de savoir si la séparation de corps serait rétablie et dans quelle limite elle serait admise fut vivement débattue. Les partisans de la séparation de corps parvinrent à la faire admettre pour les mêmes causes que le divorce, de telle sorte que l'époux demandeur eut le choix entre la rupture ou le simple relâchement du lien conjugal. Le principal motif qui dicta cette résolution fut que, l'Eglise catholique rejetant le divorce, il fallait donner aux époux qui suivent cette religion la liberté et les moyens de se séparer sans faire violence à leurs croyances religieuses.

Le divorce et la séparation de corps ayant été adoptés par le Conseil d'Etat, le projet de loi fut proposé au Corps législatif le 18 ventôse an XI et le 30 du même mois fut indiqué comme le jour de l'ouverture de la discussion. Il fallait choisir des orateurs disposés à défendre le projet. Le premier consul désigna Treillard, Emmery et Dumas. Le discours de Treillard au Corps législatif, trop peu connu, est tout à fait remarquable par la justesse des idées et la modération de la pensée. L'éminent orateur s'est efforcé d'écarter de son œuvre tout ce qui sent la passion ou le parti pris. Il s'est placé sur le véritable terrain, celui de l'opportunité. Treillard reconnaît volontiers que le divorce n'est certes pas un bien ; il n'y voit qu'un remède à un mal et se demande franchement si ce remède est préférable à la séparation de corps. Treillard a bien soin de relever que le mariage n'est pas un contrat comme un autre ; il faudra donc entourer le divorce de sérieuses garanties. On pourrait même, dit-il, l'exclure complètement d'une nation dont les mœurs seraient encore pures ou chez un peuple qui n'admettrait qu'un seul culte. « Aussi, dit-il, la question doit recevoir une solution différente suivant le génie et les mœurs des peuples, l'esprit des siècles et l'influence des idées religieuses sur l'ordre politique. » Or au moment de la rédaction du Code civil, on était en possession du divorce, on permettait en France l'exercice de certaines religions qui admettent le divorce. Ne pouvait-on pas craindre que la suppression du divorce ne fut un premier pas en arrière sur les réformes accomplies ? Ce sont surtout ces considérations d'opportunité qui ont amené le vote de la loi (1).

(1) Le discours de Treillard est si remarquable que nous avons cru nécessaire, dans une œuvre où l'on s'efforce d'être impartial, sans

Cet état de choses dura jusqu'en 1816. A cette époque, une loi abolit le divorce et ne laissa subsister que la séparation de corps. Quels sont les résultats qu'aurait produits chez nous le divorce du Code civil s'il n'avait pas été supprimé ? Il serait difficile de le dire. Il faut reconnaître toutefois que la législation du Code civil sur le divorce n'avait donné lieu à aucun abus grave jusqu'au moment où elle fut abrogée. Sous le régime du code les scandales produits par la loi de 1792 ne se renouvelèrent plus. La moyenne des divorces fut à Paris, de 50 à 75 par an. Mais cet état de choses tenait peut-être à l'agitation de l'époque, aux guerres qui absorbaient tous les esprits, à la réaction religieuse du temps. Aujourd'hui, dans l'état actuel de nos mœurs, à la suite de la licence que certains gouvernements ont eu le tort de tolérer, au milieu de ce développement de la richesse privée qui rend le vice plus facile, à une époque où la réaction religieuse des uns est largement compensée par le développement de la doctrine de l'athéisme et de la libre pensée, peut-on nous répondre qu'il n'en serait pas autrement. Le système du code vaut certainement mieux pour la morale, que celui de 1792, mais exclut-il les dangers que redoutent les amis de l'indissolubilité ? D'un autre côté, c'est à peine s'il satisfait les partisans du divorce (1).

dissimuler ses préférences, de reproduire en entier la partie de ce discours consacrée au principe même de l'indissolubilité du mariage ; on la trouvera à la fin de ce volume avec d'autres pièces justificatives.

(1) M. Naquet a commencé par demander, dans un ouvrage devenu célèbre par le bruit qu'il a fait en police correctionnelle, la suppression pure et simple du mariage. Dévenu député, il a d'abord proposé un projet de loi qui se rapprochait sensiblement du système de 1792, et s'il a fini par se rallier à une doctrine à peu près semblable à celle du Code civil, c'est évidemment parce qu'il a compris la nécessité de faire des sacrifices à sa doctrine pour obtenir le principe même du divorce.

Dans une étude d'un caractère, avant tout, scientifique, il faut reconnaître qu'on n'a pas une seule fois adressé, dans la discussion de la loi de 1816 à la chambre des députés et à la chambre des pairs, au divorce le reproche d'avoir produit des abus sous le premier empire (1) ; mais nous avons vu comment on peut expliquer ce fait. On a dit que l'abolition du divorce était, à cette époque, une vengeance de l'ancien régime. Nous ne contestons pas que dans l'esprit du législateur de 1816, l'abolition du divorce était une mesure d'un caractère à la fois politique et religieux ; les députés et les pairs voulaient donner à l'ancienne société française et à l'Eglise, une certaine satisfaction contre les lois du nouveau régime. Les discussions engagées devant la chambre des pairs et devant celle des députés, ne laissent aucun doute à cet égard. Mais tout en étant guidé par cet esprit, le législateur n'en donnait pas moins en même temps satisfaction à l'opinion publique qui avait toujours éprouvé une véritable répulsion pour le divorce. Il y avait une certaine habileté à provoquer une loi qui entamait l'œuvre du Code civil sans soulever les protestations de la nation (2). Lorsque le gouvernement présenta, le 10 février 1826, un projet de loi tendant au rétablissement du droit d'aînesse et des substitutions, les familles s'émurent ;

(1) Dans son rapport, le comte Abrial reconnaissait que le divorce avait été peu pratiqué sous le Consulat et l'Empire. (Voir le *Moniteur* du 22 décembre 1816.) Il serait intéressant de posséder à cet égard des renseignements statistiques, mais à notre connaissance, il n'en a pas été dressé.

(2) On trouvera la proposition de loi relative à l'abolition du divorce faite par M. de Bonald, dans le *Moniteur* du 29 décembre 1815; la discussion à la Chambre des Pairs, dans le *Moniteur* du 27 mars 1816 et la discussion à la Chambre des députés dans le *Moniteur* du 29 avril 1816.

l'opinion publique sut protester contre le préciput que le projet accordait à l'aîné, et la partie de la loi relative à ce privilége de l'aîné, n'eut pas de suite Il n'y eut, au contraire, aucune récrimination contre la loi abolitive du divorce. Ce qui a contribué à faire croire que l'abolition du divorce était uniquement une vengeance de l'ancien régime, ce sont les déclarations inexactes et passionnées de M. de Bonald, l'auteur du projet qui est devenu la loi de 1816. En revendiquant pour son parti le monopole exclusif d'une doctrine juste, M. de Bonald a, dans la suite, attiré sur elle la défaveur et la défiance des autres partis. M. de Bonald eut surtout le tort de présenter son système comme une réaction catholique. Ses adversaires en ont cruellement abusé contre lui. M. de Schonen rapproche, contre toute justice, la loi de 1816, de la loi impopulaire du sacrilége. M. Odilon Barrot, guidé par le même esprit, a été conduit à voir dans l'indissolubilité du mariage, un dogme religieux. Si ces publicistes des différents partis n'avaient pas été égarés par leurs doctrines, ils auraient reconnu un fait qui s'impose à tous : la loi abolitive du divorce a été vue avec faveur par la masse de la nation, tandis que la loi du sacrilége ou le projet sur le droit d'aînesse ont soulevé d'unanimes protestations.

Notre Code civil n'a subi aucune modification depuis cette époque ; nous possédons le mariage civil avec la séparation de corps. Il est fâcheux qu'on ait toujours mêlé la question du divorce à des difficultés politiques ou religieuses. La loi du 8 mai 1816 ayant été présentée comme une réaction contre la révolution, on s'empressa, en 1830, d'en demander l'abolition. Le rétablissement du divorce fut proposé par M. de Schonen, appuyé par le rapporteur, M. Odilon Barrot, enfin plusieurs fois voté par la Chambre des députés, mais combattu par

Portalis devant l'autre chambre, il ne parvint jamais à triompher, grâce à la résistance des pairs. Cette question se représentant à chacune de nos révolutions, elle ne manqua pas d'être soulevée en 1848. Un projet de loi, tendant à restaurer le divorce, fut soumis à l'Assemblée nationale par le garde des sceaux, M. Crémieux; mais quelques mois plus tard il fut retiré par M. Marie. La question sommeilla pendant toute la durée du second empire, elle a été de nouveau mise à l'ordre du jour sous la troisième République. Deux propositions tendant au rétablissement du divorce, ont été déposées par M. Alfred Naquet. La première admettait le divorce par la volonté d'un seul des époux, même sans cause déterminée. Repoussée par la commission d'initiative, elle ne put être discutée à cause du 16 mai. Depuis, M. Naquet a repris sa proposition, mais en lui faisant subir de profonds changements; il se contente, en général, d'un divorce semblable à celui du Code civil tout en admettant plusieurs causes qui ne figurent pas dans ce code. Sa proposition a été prise en considération par la commission d'initiative parlementaire. Certains esprits se sont aussi prononcés en faveur du divorce dans la presse, au théâtre et ailleurs. Le régime du Code civil a même soulevé d'autres mécontentements. Tandis que les uns demandent le rétablissement du divorce sans toutefois émouvoir l'opinion publique, dans un autre parti et à un point de vue tout différent, on a, pour la première fois, parlé de la suppression du mariage civil. Avant de nous prononcer sur ces questions, il est nécessaire de montrer comment le mariage a été organisé par notre Code.

Le législateur actuel a compris les vrais caractères du mariage et son importance dans la famille.

Dans son discours au Tribunat, Portalis le définissait : « La société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce et pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie, en partageant leur commune destinée. » On peut affirmer que la sollicitude de notre loi a été aussi grande que celle de l'Eglise, et que le Code civil a même entouré le mariage de plus de garanties que le droit canonique. Pour rendre au mariage toute sa dignité méconnue dans le droit intermédiaire, les rédacteurs du Code ont emprunté à l'ancien droit une foule de dispositions, en particulier sur les formes de la célébration, sur les empêchements et sur l'autorité maritale, et ils ont même plus d'une fois aggravé la sévérité de ces dispositions. Dans notre ancien droit, comme à Rome, on pouvait contracter mariage dès l'âge de douze ou de quatorze ans, suivant le sexe. Sous la législation intermédiaire, on exigea une année de plus pour les hommes et pour les femmes (1). Les rédacteurs du Code civil se sont montrés encore plus exigeants : ils ont porté l'âge du mariage à quinze ou dix-huit ans, suivant le sexe. Il ne suffirait même pas que la dix huitième ou la quinzième année fût commencée : elle doit être révolue. Les fiançailles, reconnues par le droit canonique et par notre ancien droit comme acte juridique, n'existent plus ; on a pensé qu'il valait mieux laisser les futurs époux complétement libres jusqu'au moment où le mariage se forme. Dans notre ancien droit, lorsqu'une des parties refusait, sans motif légitime, de contracter le mariage promis et rompait les fiançailles, elle était condamnée à des dommages-intérêts par le juge séculier (2). Aujourd'hui, toute

(1) Loi du 20 septembre 1792, tit. IV, art. 1er.

(2) L'official pouvait bien connaître de la validité ou de l'invalidité

promesse de mariage est un contrat qui repose sur une cause illicite et contraire à l'ordre public; déféré à la justice, ce contrat serait annulé comme portant atteinte à la liberté des époux (art. 6 et 1133 du Code civ.) (1). A tout âge, les enfants qui ont encore des ascendants à un degré quelconque, doivent demander à ces parents leur consentement au mariage; avant l'âge de vingt-cinq ans pour les hommes, et de vingt et un ans pour les femmes, le refus de ce consentement rend le mariage impossible, constitue un empêchement dirimant. Cet âge passé, l'enfant peut se marier malgré le refus de ses ascendants de consentir au mariage, mais après leur avoir signifié un ou plusieurs actes respectueux. Le droit canonique n'a jamais exigé ce consentement des ascendants; le concile de Trente frappe même d'anathème ceux qui veulent l'imposer. Plus soucieux des droits et des intérêts de la famille, nos rois exigèrent à plusieurs reprises le consentement des ascendants. (Edit de février 1556, de Henri II; ordonnance de Blois, de Henri III; déclaration du 26 novembre 1629, de Louis XIII; édit de mars 1697). Les oppositions au mariage étaient autrefois mal organisées. Tout le monde avait le droit de faire opposition, ce qui donnait lieu à de grands scandales. Le Code civil a réservé ce droit à certaines personnes et les anciens abus ont disparu. Enfin, les causes de nullité étaient plus nombreuses dans le droit canonique et dans notre ancien droit, et en réduisant leur nombre, les rédacteurs du Code civil ont encore mieux affermi l'indissolubilité du mariage. Ils ont même été trop loin et sur ce point notre code

des fiançailles, mais non des dommages-intérêts résultant de leur rupture.

(1) Voir sur ce point mon traité *du Consentement des époux au mariage*.

réclame une réforme sérieuse, surtout si le divorce n'est pas rétabli. Le code civil aurait dû admettre certaines causes de nullité qu'on regrette de ne pas y rencontrer, comme par exemple l'erreur sur certaines qualités de la personne (1). L'absence de ces causes de nullité était moins grave avant 1816, parce qu'alors on avait la ressource détournée du divorce.

Le mariage civil est obligatoire et doit précéder l'union religieuse. Le mariage religieux qui serait seul célébré n'aurait aucune existence légale : il ne donnerait pas à ceux qui l'auraient contracté la qualité d'époux, et les enfants nés de cette union seraient naturels. Quant au ministre du culte qui aurait consenti à célébrer le mariage religieux avant que le mariage civil ait été contracté, il commettrait une infraction punie par la loi. (Art. 199 et 200 du code pénal.) C'est cette exigence de la loi qui a donné lieu à des difficultés et qui, pour ce motif, a soulevé des critiques. Que faire si, après le mariage civil, le mari, le plus souvent en violation d'une promesse antérieurement donnée, refuse de recevoir la bénédiction nuptiale ? La femme peut, sans doute, se faire relever du devoir de cohabitation, et même obtenir une séparation de corps pour injure grave. La jurisprudence est aujourd'hui fixée sur ce point. Mais ce remède est-il suffisant, et conviendrait-il de réglementer autrement les rapports du mariage civil et de l'union religieuse ? Cette question semble aujourd'hui épuisée après les savantes dissertations qui ont été écrites en sens contraires par deux maîtres de la faculté de droit de Paris (2). A notre avis, on ne peut

(1) C'est un point que nous avons étudié dans notre ouvrage sur le *Consentement des époux au mariage*.

(2) Voyez le *Mémoire* lu par M. Batbie à l'Académie des sciences morales et politiques, où les dispositions du Code civil sur le mariage

pas subordonner, comme on l'a proposé, l'existence du mariage civil à la célébration de l'union religieuse sans compromettre l'indépendance du mariage civil et sans remettre, dans une certaine mesure, les dispositions du droit canonique en vigueur. Nous verrons comment les législations étrangères ont résolu cette difficulté.

Il est un autre point dont on s'est moins préoccupé, et qui cependant a plus d'une fois provoqué des scrupules chez les ministres du culte. Un prêtre est appelé au lit d'un mourant qui lui demande, au moment suprême, de mettre un terme à une vie irrégulière et de bénir son union avec une femme dont il a eu, le plus souvent, un ou plusieurs enfants. Le mariage civil ne peut pas avoir lieu, car il doit être précédé de deux publications ; on peut, il est vrai, être relevé de la seconde, mais jamais de la première. Si le prêtre célèbre, dans ces circonstances, un mariage religieux qui n'a pas été précédé du mariage civil, encourt-il les sévérités du Code pénal ? Nous ne le pensons pas, car il y a force majeure ; on ne peut pas imposer le préliminaire du mariage civil dans des circonstances où le temps fait défaut. Jamais le ministère public n'a, à notre connaissance, exercé de poursuites dans les cas de ce genre. Il n'en est pas moins vrai que la question reste fort délicate, et qu'il aurait été utile de permettre dans ces circonstances la célébration du mariage civil sans

civil dans ses rapports avec le mariage religieux sont vivement critiquées. M. Duverger a pris la défense du Code civil dans une brochure intitulée *Etudes de législation,* qui a paru d'ailleurs comme le *Mémoire* de M. Batbie, dans la *Revue critique* (Tomes XXVIII, XXIX, XXX). Le P. Daniel a aussi examiné la question et attaqué les deux premiers écrits dans un travail intitulé : *Le mariage chrétien et le Code Napoléon.* La question vient d'être reprise en Autriche par M. Rittner, professeur de droit canonique à Lemberg, dans un article (*Das Ehrecht bei den Civilisten*) publié par la *Zeitschrift für das privat und œffentliche Recht der Gegenwart,* II, p. 497.

aucune formalité préliminaire. Nous verrons que la loi allemande a évité cette difficulté par ce procédé.

La législation comparée du divorce offre encore plus d'intérêt ; mais avant d'y arriver, il faut aussi rappeler en peu de mots les dispositions de notre Code civil sur la séparation de corps.

Les causes de la séparation de corps sont dans notre droit les mêmes que celles du divorce : les excès, sévices et injures graves ; l'adultère de la femme dans tous les cas, et celui du mari lorsqu'il a tenu sa concubine dans la maison commune ; enfin la condamnation de l'un des époux à une peine infamante (Art. 229 et suiv. et 306 du Code civil). On a beaucoup critiqué, au point de vue moral, la disposition qui ne fait de l'adultère du mari une cause de séparation de corps que dans un seul cas. Cette distinction entre l'adultère de la femme et celui du mari est cependant empruntée à notre ancien droit, où la loi, encore plus indulgente, n'autorisait même jamais la femme à demander la séparation d'habitation contre son mari pour ce motif. La doctrine et la jurisprudence se sont montrées plus sévères que le texte du Code civil (1), et tout en reconnaissant que l'adultère du mari est moins coupable, elles ont cependant trouvé le moyen d'en faire une cause de séparation, même en dehors du cas indiqué par le Code, en considérant l'adultère du mari comme une injure grave, toutes les fois que les circonstances de la cause permettent de lui attribuer ce caractère. « Du reste, disent MM. Aubry et Rau, si les relations adultérines du mari, quoique ne

(1) Le Code pénal a fait, au point de vue de la répression, la même distinction que le Code civil. Voy. art. 336 à 340 de ce Code. — Sur les motifs de cette distinction, consultez Montesquieu, *de l'Esprit des lois*, liv. XXVI, chap. VI. — Discussion au Conseil d'Etat, Locré, Leg. V, p. 96, n° 2; p. 112 et 113, n° 14 ; p. 159, n° 4.

présentant pas les caractères prévus par l'art. 230, avaient donné lieu de sa part à des procédés ou à des manifestations de nature à porter atteinte à l'honneur et à la dignité de la femme, celle-ci serait autorisée à demander la séparation de corps pour injure grave en vertu de l'art. 231 (1). »

On a aussi reproché à notre Code civil de n'avoir pas consacré assez de dispositions à la séparation de corps. Pour combler cette grave lacune, un projet de loi fut présenté en 1816 à la chambre des pairs, qui le vota le 7 décembre de cette année; mais ce projet, envoyé à la chambre des députés, ne reçut pas de suite.

Dans le silence de la loi, les auteurs et les tribunaux étendent à la séparation de corps les dispositions du Code relatives au divorce, à moins que ces règles ne soient en opposition avec la nature même de la séparation de corps, avec une disposition expresse ou implicite de la loi, ou avec les principes généraux du droit. Cette interprétation est tout à fait conforme à l'esprit du Code qui a considéré la séparation de corps comme une sorte de divorce des catholiques.

(1) 4e édition, V, 175. — Cpr. Massol, *De la séparation de corps*, p. 34, n° 10. - Demolombe, IV, 377.

Belgique, Alsace-Lorraine et Genève.

Il est intéressant de rechercher quels sont les effets produits par le divorce du Code civil chez nos voisins de Belgique. Le divorce, toujours admis en Belgique, même depuis que ce pays a été séparé de la France, n'a pas encore produit d'abus sérieux. Certains esprits commencent cependant à se préoccuper de sa plus grande fréquence et à redouter des abus pour l'avenir. Il résulte des documents statistiques que si le divorce est encore rare dans les campagnes, il tend à augmenter d'une manière très-sensible dans les villes. Ainsi, de 1841 à 1850, on a constaté officiellement 224 divorces, soit 22 en moyenne par an. De 1851 à 1860, le nombre des divorces a augmenté de près de moitié ; il y en a eu 412, soit en moyenne 41 par an. De 1861 à 1870, la moyenne s'est élevée de 41 à 65 par an. Le *Journal de la Société de statistique* de Paris a fait paraître récemment un tableau synoptique des divorces de 1830 à 1875, d'après les documents publiés par le ministère de l'intérieur de Belgique. Nous extrayons de ce document les années pendant lesquelles le divorce a successivement augmenté.

Dans les quatre grandes villes du royaume (Bruxelles, Anvers, Gand et Liège) et dans les communes limitrophes de la capitale, l'augmentation du nombre des divorces a été assez rapide. On a prononcé dans

ces localités en 1831, 1 divorce ; en 1832, 2 ; en 1833, 6 ; en 1834, 9 ; en 1836, 13 ; en 1837, 17 ; en 1838, 18 ; en 1846, 19 ; en 1849, 20 ; en 1851, 24 ; en 1852, 28 ; en 1854, 38 ; en 1863, 48 ; en 1869, 51 ; en 1872, 67 ; en 1873, 77 ; en 1874, 84, et en 1875, 85.

On remarquera que la progression s'est beaucoup accentuée, surtout dans ces dernières années. Dans le reste du royaume, l'augmentation a été moins rapide, mais tout aussi continue. En 1841, la proportion entre le royaume et les quatre grandes villes était comme 7 est à 1 ; le nombre total des divorces s'est élevé en 1875 dans le royaume à 126, et dans les quatre villes à 85 ; on voit que la proportion a singulièrement changé aux dépens des grands centres. Dans le royaume l'augmentation a donc été beaucoup moins rapide ; mais elle ne s'est cependant jamais arrêtée, comme le prouvent les chiffres suivants : en 1831, 7 divorces ; en 1833, 10 ; en 1834, 12 ; en 1836, 15 ; en 1837, 18 ; en 1838, 20 ; en 1840, 26 ; en 1846, 29 ; en 1852, 35 ; en 1854, 44 ; en 1857, 50 ; en 1858, 55 ; en 1861, 56 ; en 1862, 57 ; en 1863, 65 ; en 1864, 66 ; en 1866, 70 ; en 1869, 82 ; en 1872, 109 ; en 1873, 114 ; en 1874, 120 ; en 1875, 125.

Le divorce de notre Code civil a aussi été remis en vigueur en Alsace-Lorraine par une loi du parlement allemand en date du 27 novembre 1873 (1). Cette même loi a permis aux époux précédemment séparés de corps et non réconciliés de convertir leur séparation en un divorce. Elle n'a pas supprimé la séparation de corps, mais nous verrons bientôt que cette suppression a été prononcée par une loi un peu postérieure, qui a établi,

(1) Le texte en a été traduit dans l'*Annuaire de la Société de législation comparée*, 1873, p. 559.

dans toute l'étendue de l'Allemagne, l'unité de législation en matière de mariage et de divorce.

Cette unité vient d'être également réalisée, pour les différents cantons de la Suisse, par une loi fédérale du 24 décembre 1874. Avant cette loi, le mariage et le divorce étaient soumis à des règles qui variaient de canton à canton. Il serait inutile et trop long de rappeler ici ces variétés qui n'offrent plus d'intérêt pratique (1). Nous nous arrêterons toutefois un instant au canton de Genève, où les dispositions de notre Code civil sur le divorce étaient restées en vigueur. Les statistiques de ce canton constatent que les Genevois usaient peu du divorce du Code civil. Ainsi, pour prendre la statistique des dernières années, sur la moyenne de cinq à six cents mariages par an, il y a eu : en 1869, 3 divorces pour causes déterminées, 8 séparations de corps ; en 1870, 6 divorces pour causes déterminées, 8 séparations de corps ; en 1871, 6 divorces pour causes déterminées, 13 séparations de corps ; en 1872, 10 divorces pour causes déterminées, 15 séparations de corps. On n'a pas relevé un seul cas de divorce par consentement mutuel. Il a été célébré en 1874, cinq cent quatre-vingt-trois mariages, et on a prononcé, pendant la même année, dix divorces, alors qu'il y en avait eu dix-neuf l'année précédente (2).

Cet état de choses va-t-il changer sous l'empire de la

(1) On trouvera la plupart des codes et les lois sur le mariage des divers cantons de la Suisse, dans le *Recueil d'Antoine de Saint-Joseph*. On pourra aussi consulter le nouveau code du canton de Glaris dont une partie a paru depuis 1869 ; les articles 182 et suiv. sont consacrés au divorce. Cette partie du code de Glaris a été publiée dans l'*Annuaire de la Société de législation comparée*, 1875, p. 519 et suiv.

(2) Dans cette statistique sont compris les divorces entre étrangers, qui étaient, jusque dans ces derniers temps, relativement très

loi nouvelle, c'est ce que nous verrons lorsque nous nous occuperons de la législation actuellement en vigueur en Suisse sur le divorce.

nombreux à Genève. La population du canton de Genève est de 120,000 âmes environ, parmi lesquelles on compte 25 à 30,000 Français. Fort souvent des Français se faisaient naturaliser Genevois pour obtenir leur divorce ; il était d'autant plus facile d'arriver à ce résultat, qu'on n'admettait pas à Genève la doctrine des auteurs et des tribunaux français, d'après laquelle l'effet de la naturalisation est individuel. La naturalisation du mari entraînant changement de nationalité pour la femme et les enfants mineurs, le mari une fois naturalisé, faisait prononcer le divorce par les tribunaux genevois.

TROISIÈME PARTIE

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES
APERÇU GÉNÉRAL (1)

Bien que le mariage civil existât déjà en Hollande avant notre révolution, on peut pourtant affirmer que le principe de la sécularisation du mariage ne s'est étendu et généralisé que depuis notre Code civil. Le mariage civil est resté dans la plupart des pays où nos conquêtes du premier empire l'ont introduit. Dans certains Etats, le mariage est encore considéré comme un acte à la fois civil et religieux, notamment en Autriche,

(1) *Considérations sur les lois civiles du mariage*, par Girouard, Montréal, 1868. — Lawrence, *Etude de législation comparée et du droit international sur le mariage* dans la *Revue de droit international*, II, p. 53, 243. — *Des mariages mixtes dans les différents Etats*, dans la *Revue de Fœlix*, VIII, 889, 927; IX, 255, 599, 423; X, 8, 420, 764, 855. — Kœnigswarter, *du Mariage dans son développement universel et historique*, dans la *Revue de Wolowshi*, XI, 5. — *Etat de la législation européenne en matière de mariage*, par Mittermaier, dans la *Revue de Wolowski*, XIII, 401. — *Législation comparée des mariages contractés à l'étranger*, dans la *Revue de Fœlix*, VIII, 433, 633, 700, 790, 876. Ces articles n'exposent pas, le plus souvent, la législation actuellement en vigueur dans les principaux pays de l'Europe; ils se réfèrent à celle qui l'a immédiatement précédée et dont il ne sera pas parlé dans ce travail.

en Danemarck, en Suède, en Norwége, en Russie. Il en était de même dans certains Etats secondaires de l'Allemagne, comme la Bavière, jusqu'à la loi nouvelle votée par le parlement allemand. De même encore, dans un grand nombre de cantons de la Suisse; mais l'assemblée générale a voté récemment le principe du mariage civil, et, de plus, les actes de l'état civil, y compris le mariage, ont été distraits de la législation cantonale et appartiennent aujourd'hui à la législation fédérale.

La plupart des nations qui nous ont emprunté le mariage civil, ne l'ont pas organisé comme nous. Nous avons rappelé les difficultés qui sont nées en France de la nécessité imposée par la loi de procéder au mariage civil avant la célébration du mariage religieux. Notre système a cependant été adopté par les lois récemment votées en Allemagne et en Suisse. Mais la plupart des autres nations ont réglé d'une manière différente les rapports du mariage civil avec l'union religieuse. Tantôt on a le choix entre le mariage civil ou le mariage religieux, en ce sens que l'union bénie à l'église vaut en même temps, d'après la loi, comme mariage civil : c'est ce qui a lieu en Angleterre et en Espagne. Tantôt le mariage religieux est une condition de la validité du mariage civil, comme en Roumanie. En Italie, on peut indifféremment célébrer l'une ou l'autre des deux unions la première. Enfin, il y a des pays où le mariage civil joue un rôle purement secondaire : en Autriche, en Portugal, en Suède, en Norwége, il est subsidiaire ; en Russie, il n'a été établi que pour les sectaires.

Nous verrons également que le divorce n'a pas été considéré partout comme une conséquence du mariage civil. En général, ce mode de dissolution du mariage répugne aux nations catholiques ; aussi n'existe-t-il ni

en Italie, ni en Espagne, ni en Portugal (1). Avant les lois récemment votées en Allemagne et en Suisse, le divorce était également interdit en Bavière et dans plusieurs cantons de la Suisse.

Il existe un certain nombre de pays où le divorce n'est autorisé que pour des causes déterminées. Ce sont l'Angleterre, certaines parties de l'Allemagne (2), la Russie et les pays Scandinaves.

En Prusse, dans le duché de Bade, dans le Wurtemberg, en Saxe, en Danemarck, la loi permet le divorce par consentement mutuel en le soumettant à des restrictions plus ou moins sérieuses. La Hollande et la Suisse admettent indirectement ce divorce.

L'Autriche permet aux non catholiques le divorce, même par la volonté d'un seul, pour cause d'aversion.

(1) De même au Mexique, la loi organique du 14 décembre 1874 sur les réformes constitutionnelles, tout en proclamant le principe du mariage civil (art. 22) ajoute : « Le mariage civil ne sera dissous que par la mort de l'un des conjoints, mais les lois peuvent admettre la séparation temporaire pour causes graves qui seront déterminées par le législateur, sans que la séparation permette à aucun des conjoints de contracter mariage avec une autre personne » (Art. 23, n. 9.) *Annuaire* de 1875, p. 716.

(2) La nouvelle loi du Reischtag sur le mariage n'a pas déterminé les causes de divorce qui restent soumises aux lois spéciales à chaque pays de l'empire.

LÉGISLATIONS DES NATIONS DE RACE LATINE

A. Italie (1).

La promulgation du nouveau Code civil a produit, en matière de mariage, une véritable révolution en Italie. Dans la plupart des anciens Etats de l'Italie, le mariage était considéré comme un acte religieux produisant des effets civils. C'était notamment le caractère que lui reconnaissait le code Albertin, en vigueur dans les Etats sardes jusqu'à la promulgation du nouveau code. Ce code Albertin commence en proclamant « la religion catholique, apostolique, romaine, seule religion de

(1) Cpr. Huc, *le Code civil italien*, p. 33 et suiv., 35, 61, 71, 80, 82. — *L'Eglise catholique dans le droit commun*, par Pierantoni. Voy. un compte rendu de cet ouvrage par du Buit, dans le *Bulletin de la Société de législation comparée*, mars 1872, p. 95. — Borgatti, *Il Matrimonio civile et il matrimonio ecclesiastico*. — Buniva, *Proposte per impedire la celebrazione dei matrimonii avanti il solo parroco*, Bernado. — *Il divorzio nella teoria e nella practica*. — Zamperini, *Il divorzio considerato nella teoria e nella practica di D. di Bernado*.

Voy. aussi Guido Padelletti, *Lo Stato ed il Matrimonio ecclesiastico* dans la *Nuova Antologia* de Florence, mai 1874. — La Manna, *Il divorzio*, dans *Il circolo juridico*, tome VII. — On trouvera encore l'indication de différents autres travaux sur cette question dans le *Bulletin bibliographique de la nouvelle revue historique*, année 1879, p. 73, nos 78 et suiv.

l'Etat. Le roi se fait gloire d'être le protecteur de l'Eglise et d'assurer l'observation des lois qu'elle rend dans les matières soumises à son autorité. »

Le code Albertin reconnaît les fiançailles contractées devant l'Eglise ; le mariage est célébré par le curé, avec les formalités du droit canonique ; les empêchements du mariage sont ceux de l'Église (1) ; quant aux non catholiques, s'ils professent un culte toléré par l'Etat, ils peuvent se marier d'après les usages et règlements de ce culte.

Le nouveau Code civil supprime les fiançailles (2) et établit le mariage religieux ; le mariage ne relève, en droit, que de la loi civile ; c'est elle qui détermine ses formes et les empêchements prohibitifs ou dirimants. Mais le code civil italien a voulu se montrer plus libéral que le nôtre : il n'a pas reproduit les pénalités édictées par les articles 199 et 200 de notre Code pénal contre le prêtre qui célèbre le mariage religieux avant la formation du mariage civil. Celui-ci peut donc précéder ou suivre le mariage religieux. On évite, par ce moyen, le danger de voir le mari refuser la célébration religieuse après l'union civile, en même temps que l'on rend hommage à l'indépendance de l'autorité spirituelle. Ce système a l'avantage incontestable de ne pas subordonner le pouvoir spirituel au pouvoir temporel :

(1) Le consentement des parents ou ascendants est exigé jusqu'à un certain âge, mais la sanction consiste seulement dans des déchéances et non dans la nullité du mariage.

(2) La promesse de mariage autorise seulement à se faire indemniser, par celui qui refuse ensuite le mariage injustement, des dépenses faites en vue de l'union projetée ; encore faut-il que la promesse ait été rédigée par acte authentique ou sous seing privé, ou qu'elle résulte de publications faites par l'officier de l'état civil, et que l'action soit intentée dans l'année qui suit l'époque où la promesse devait être exécutée (art. 54).

il n'est plus à craindre qu'une femme mariée civilement soit obligée de demander la séparation de corps pour cause de refus du mariage religieux et réduite à vivre comme femme mariée sans jouir des joies du mariage, alors que, d'après sa conscience, elle est libre de tout engagement. Mais, il faut bien le reconnaître, le système du Code italien offre aussi des inconvénients. D'abord, il peut arriver que le danger que l'on se propose d'éviter soit simplement retourné. Que faire, en effet, si, après l'union religieuse, l'un des époux refusait de se marier devant l'officier de l'état civil ? Ce refus sera sans doute beaucoup plus rare encore que celui de la célébration religieuse; mais enfin rien ne dit qu'il ne se présentera pas. D'un autre côté (et c'est là le danger le plus sérieux), si le Code civil français permettait de contracter d'abord le mariage religieux, certaines gens, par ignorance ou par erreur, surtout dans les campagnes, ne se marieraient qu'à l'église. D'autres fois, on abuserait de l'inexpérience d'une jeune fille ; on lui ferait croire que le mariage religieux suffit, et ensuite on l'abandonnerait, victime d'une séduction. L'expérience de plusieurs années a permis de constater qu'en Italie un grand nombre de personnes se bornent à faire bénir leur union à l'église. Cet état de choses jette la plus grave perturbation dans les familles : les époux mariés à l'église vivent, d'après la loi civile, en état de concubinage et leurs enfants sont naturels. Suivant une statistique officielle des mariages civils et religieux célébrés à Palerme et dans sa banlieue, du 1er juillet 1866 (date de la mise en vigueur du Code civil italien) jusqu'au 31 décembre 1871, sur 8,911 mariages, 2,859 ont été seulement religieux. Ces faits ont attiré l'attention des jurisconsultes et ému le gouvernement italien. Le

ministre de la justice a adressé une circulaire aux procureurs généraux, prescrit une enquête, et ordonné de rechercher les moyens de remédier au mal. Certains jurisconsultes italiens ont proposé l'adoption du système français. Dans une brochure qui a fait un certain bruit en Italie (1), M. Buniva repousse ce projet : il ne veut pas qu'on impose le mariage civil avant le mariage religieux ; la loi italienne consacre seule, d'une manière satisfaisante, l'indépendance des autorités temporelle et spirituelle ; il ne faut donc pas y toucher. M. Buniva propose seulement d'introduire dans la loi une disposition pénale contre quiconque abusera de la bonne foi ou de l'ignorance d'une autre personne pour la décider à ne se marier qu'à l'église. Il fait appel à l'initiative des particuliers pour la formation de sociétés chargées de vulgariser les principes du mariage civil, en montrant combien la loi actuelle respecte la liberté religieuse et combien il importe de se marier devant l'officier de l'état civil aussi bien que devant le prêtre. Il paraît qu'une société de ce genre s'est formée à Palerme, et que le clergé de cette ville a même donné son adhésion et promis son concours. Le système du Code italien offrirait chez nous les mêmes dangers, mais, il faut bien le reconnaître, à un degré beaucoup moindre. Si les mariages religieux ont souvent eu lieu sans mariage civil en Italie, c'est que, d'après des préjugés encore fort répandus, le mariage civil est un acte impie. Dans sa circulaire aux procureurs généraux, le ministre de la justice attribue l'abandon du mariage civil par certaines personnes, « aux suggestions et instigations qui ont donné

(1) Propositions pour empêcher la célébration des mariages devant le curé seul (*Proposte per impedire la celebrazione dei matrimonii avanti il solo parroco*).

une fausse idée de ce mariage, en le représentant comme un acte irréligieux et contraire à l'Eglise. Ce qui prouve que tel est bien le vrai caractère et la cause principale des obstacles que rencontre encore en Italie le mariage civil, c'est qu'il est entré largement dans les convictions et les habitudes des provinces où l'instruction est plus répandue, bien qu'il y fût tout à fait nouveau, au moins pour la génération actuelle, tandis que la résistance est plus grande dans les provinces où l'instruction n'est pas aussi avancée, bien que la législation précédente n'y eût reconnu effet qu'aux mariages civils, et ait même ordonné que ceux-ci eussent lieu avant les mariages religieux. Chez nous, la sécularisation du droit est entrée dans les mœurs ; sauf le cas d'erreur ou d'ignorance, on ne manquerait jamais de se marier à la mairie; mais enfin, ces dangers, même atténués, n'entraîneraient-ils pas des maux encore plus graves que ceux produits par l'état de choses actuel ?

La question est fort délicate; le système du Code offre le grand avantage de mieux respecter les convictions religieuses et de consacrer l'indépendance absolue du pouvoir spirituel.

Dans certaines localités, le clergé italien a lui-même été au-devant du danger et s'est efforcé de le prévenir, soit en engageant les époux mariés à l'église à procéder sans retard au mariage civil, soit même en refusant de célébrer l'union religieuse en premier lieu. Cependant le danger n'ayant pas cessé, le gouvernement s'est décidé, en 1874, à présenter un projet de loi qui ordonne de célébrer d'abord le mariage civil. Ce projet n'ayant pas pu être voté, le ministre de la justice interpellé répondit que la question était à l'étude. En 1876, le député Pissavini a demandé, à propos de

la discussion du budget, que le mariage civil précédât le mariage religieux, et M. Mancini s'est borné à répondre que le nombre des personnes qui se dispensent du mariage civil diminue dans une proportion sensible et rassurante (1). Dans la suite, le projet de loi consacrant l'obligation de contracter le mariage civil avant l'union religieuse figura dans le programme du ministère Cairoli et fut présenté le 3 décembre 1878. Le ministère Depretis ayant été placé à la tête des affaires, le député Pissavini demanda au garde des sceaux s'il entendait maintenir la proposition présentée par son

(1) Pour plus de détails sur cette intéressante question, voir la communication de M. Dubois à la Société de législation comparée (*Bulletin* de 1873, p. 103). La jurisprudence italienne admet en général que le mariage religieux ne saurait produire aucun effet civil; mais la doctrine contraire a cependant été consacrée par quelques arrêts. Voyez la jurisprudence italienne et une note de M. Dubois dans le *Journal de droit international privé*, 1876, p. 141. L'introduction du mariage civil en Italie y a fait naître à peu près les mêmes controverses qu'en France. Ainsi, dans le silence du code italien, on discute, en doctrine et en jurisprudence, sur le point de savoir si un prêtre catholique peut contracter valablement un mariage civil ou si sa qualité ne forme pas un empêchement dirimant. Les décisions sont à peu près aussi nombreuses dans les deux sens. En dernier lieu, la Cour de Palerme a jugé le 22 juin 1878 que l'engagement dans les ordres sacrés n'étant pas indiqué dans le code civil parmi les empêchements de mariage, rien ne s'oppose à ce qu'un prêtre puisse valablement contracter une union civile. On trouvera un exposé complet de la jurisprudence italienne par notre savant collègue et ami M. Dubois, dans le *Journal du droit international privé*, année 1880. En France, la Cour de cassation considère l'engagement dans les ordres sacrés comme un empêchement dirimant. (Req. rej., 25 février 1878, S. 78, I, 241.) Dans la doctrine, l'opinion suivant laquelle il n'existe aucun empêchement tend à l'emporter de plus en plus. (Cpr. Valette, *Cours de Code Napoléon*, I, p. 197. — Demolombe, *Mariage*, I, n° 131. — Labbé, dans *Sirey*, 78, I, 241.) Dans une opinion intermédiaire, on enseigne qu'il existe un empêchement purement prohibitif et cette doctrine a été longtemps dominante en jurisprudence. (Cpr. Aubry et Rau, 4e éd., V. p. 94.) En présence du silence du code civil, nous croyons aussi qu'il n'existe aucun empêchement. Nous nous plaçons d'ailleurs uniquement au point de vue du droit civil et nous reconnaissons volontiers qu'au point de vue religieux, un pareil acte est profondément immoral et scandaleux.

prédécesseur. Sur la réponse affirmative du ministre, l'urgence fut déclarée le 4 février 1879 et les bureaux de la Chambre ont, le 6 du même mois, nommé une commission entièrement favorable au projet. Celui ci a été discuté du 8 au 13 mai 1879 et voté le 19 par 152 voix contre 101. Le projet de loi renvoyé par la Chambre au Sénat établit des peines sévères contre ceux qui ne tiennent pas compte de l'obligation de célébrer le mariage civil avant l'union religieuse; ces peines varient entre un mois et huit jours d'emprisonnement, contre les époux, les témoins et le prêtre.

Les rédacteurs du nouveau code civil italien ne pouvaient pas éviter la question du divorce. Le divorce a rencontré de chauds partisans ; parmi eux, M. Buvina. On a rappelé que l'indissolubilité n'est de l'essence d'aucun contrat, qu'il y a toujours injustice, tyrannie, et même danger pour les bonnes mœurs, à empêcher des époux de se remarier, que l'établissement du divorce est la conséquence de la sécularisation du mariage. Ces raisons n'ont pas prévalu, et le divorce a été rejeté de la loi italienne.

Est-ce, comme on l'a prétendu, sous l'influence de l'Eglise catholique? Si cela est vrai, cette influence s'est exercée sur les législateurs italiens à leur insu et même contre leur gré. Il résulte nettement des travaux préparatoires qu'on a entendu se dégager de toute préoccupation religieuse. Auguste Comte avait déjà dit que « le grand principe social de l'indissolubilité du mariage n'a au fond d'autre tort que d'avoir été dignement consacré par le catholicisme (1). » Ce n'est pas parce que l'Eglise l'a dit que la loi italienne a déclaré le ma-

(1) *Philosophie positive*, V, p. 687.

riage indissoluble, mais parce que l'indissolubilité est de sa nature. La jurisprudence italienne est entrée sans difficulté dans l'esprit du code civil; elle voit le divorce avec une grande défaveur. La Cour d'appel de Milan a jugé, à la date du 15 février 1876 (1), que la justice italienne ne peut prononcer la séparation de corps demandée par une femme étrangère, non-seulement parce que ce procès tient à l'état des personnes, mais encore parce que, dans l'espèce, cette séparation de corps aurait été considérée comme un divorce d'après la loi du pays (la Prusse) de la demanderesse. Ce second motif ne nous paraît pas d'une grande valeur juridique. Il est vrai que les tribunaux italiens sont tenus, d'après leur loi (art. 12), comme les nôtres en France, d'éviter entre étrangers des décisions contraires à une loi d'ordre public du pays; mais quand les étrangers leur demandent l'application pure et simple de la loi du pays où ils se trouvent, les tribunaux ne doivent pas se préoccuper des effets que leurs jugements pourront produire au delà des frontières.

La séparation de corps a été soigneusement réglée par le législateur italien. Nous relèverons seulement les différences qui existent entre la loi italienne et la nôtre. La loi italienne consacre les trois causes de séparation de corps admises par notre code. Quant à l'adultère du mari, il n'autorise la séparation qu'autant que le mari a entretenu la concubine dans la maison commune ou notoirement dans un autre lieu, ou s'il y a eu concours de circonstances telles que le fait constitue une injure grave pour la femme (art. 150). Nous avons vu qu'en France la jurisprudence est arrivée au

(1) Voy. l'arrêt avec la note de M. Dubois dans le *Journal du droit international privé*, 1876, p. 220.

même résultat, en considérant dans ces circonstances l'adultère du mari comme une injure grave. Aux cas de séparation admis par notre loi, le code italien ajoute les suivants :

1. La femme peut demander la séparation lorsque le mari refuse d'établir sa résidence d'une manière convenable d'après sa condition (art. 152); il était inutile de parler de ce cas, qui se confond avec celui d'injure grave.

2. La femme peut encore demander une séparation si le mari refuse sans motif sérieux d'établir une résidence fixe.

C'est là une disposition dangereuse : ou il y a injure grave, et alors ce fait suffit pour justifier la séparation ; ou il n'y a pas injure, et alors il est bien étrange d'autoriser une séparation pour une cause aussi légère. N'est-ce pas tolérer l'intervention des tribunaux dans de simples discussions de ménage, sans qu'ils puissent donner une solution bien sûre ?

La disposition du code italien la plus remarquable, c'est celle qui autorise une séparation de corps conventionnelle, c'est-à-dire par le seul accord des époux et sans causes déterminées, mais avec l'homologation du tribunal (art. 158). Cette disposition compte autant de critiques que d'admirateurs. On lui a reproché de faciliter les séparations sous l'espoir menteur d'une réconciliation et de donner aux gens mal mariés des classes riches le moyen de se séparer à huis clos et sans bruit. Les époux ne peuvent-ils pas vivre séparés à l'amiable, sans l'intervention de la justice ? Au moins cette séparation amiable et non reconnue par la loi ne permet pas de frauder les droits des créanciers, tandis que la séparation de corps, même conventionnelle, et du mo-

ment qu'elle est prononcée par la justice, entraîne séparation de biens et peut servir de moyen indirect pour changer, aux dépens des tiers, le régime matrimonial pendant la durée du mariage.

Malgré la gravité de ces critiques, il nous semble que les abus ne sont pas à craindre, à cause de l'intervention de la justice, et que ces séparations de corps, sans éclat, sans scandale public, rendent la réconciliation plus facile.

Nous retrouvons les mêmes effets qu'en France attachés à la séparation de corps : affaiblissement de la présomption de paternité, règlement de l'exercice de la puissance paternelle par les tribunaux, privation pour l'époux coupable des avantages pécuniaires de son conjoint, extinction de l'usufruit légal prononcé contre l'époux coupable. En outre, la loi italienne veut que les droits de succession entre époux, bien plus importants qu'en France, soient enlevés à l'époux contre lequel la séparation est prononcée. Enfin, la femme est désormais dispensée de toute autorisation, et recouvre son entière capacité si la séparation a lieu par la faute du mari. Dans les autres cas, c'est-à-dire si la séparation est volontaire ou si elle est prononcée contre la femme, on remplace l'autorisation du mari par celle de justice.

A la suite de changements politiques qu'il n'est pas nécessaire d'exposer ici, la question du divorce vient d'être reprise en Italie. Tout récemment, le député Morelli Salvatore a présenté un projet de loi relatif au divorce, et, à la suite d'observations du garde des sceaux, la chambre a pris ce projet en considération. Le ministre de la justice s'est prononcé au nom du gouvernement en faveur du principe du divorce, mais il a

insisté sur la nécessité de procéder avec prudence dans une matière aussi délicate; il a promis de faire une enquête et de présenter lui-même un projet nouveau où il s'efforcera de concilier tous les intérêts divers qu'une loi de cette nature doit respecter et sauvegarder. La prise en considération du projet Morelli n'implique donc de la part de la Chambre qu'acceptation du principe du divorce; aussi n'est-il pas nécessaire de faire connaître les détails du projet Morelli qui seront l'objet d'une refonte complète.

B. Espagne (1).

L'Italie est toujours restée la terre classique du droit romain, même à Rome, au siége de la papauté; c'est en Espagne que le droit canonique a jeté ses plus profondes racines. Ce dernier pays est celui où l'influence de l'Eglise s'est le plus fait sentir sur la législation. Néanmoins l'Espagne vient, elle aussi, d'entrer dans la voie où l'Italie l'avait précédée de quelques années. En attendant la rédaction du code civil depuis longtemps projetée, mais toujours retardée par les révolutions et les guerres intestines, plusieurs lois ont, depuis 1870, enlevé au clergé la participation aux actes de l'état civil. Une loi du 18 juin 1870 (2) établit le mariage civil et abroge la *cedule real* de Philippe II, qui avait adopté, le 12 juillet 1564, les décrets du concile de Trente (3). Le mariage civil est devenu obligatoire, les fiançailles ont été supprimées; mais cependant le légis-

(1) Maromon Gomez Acebs, *Examen del decreto de 9 Febrero de 1875, reformando la ley del matrimonio civil.* — Ping, *La loi XIII de Toro et l'article 60 de la loi sur le mariage civil,* dans la *Revista general de legislacion y jurisprudentia,* 1879.

(2) Voir le texte de cette loi dans l'*Annuaire de la Société de législation comparée,* 1872.

(3) Les dispositions de cette loi ont été complétées : par une loi du 18 juin 1870 sur la tenue des registres de l'état civil ; par un décret réglementaire du 13 décembre 1870 ; par un décret du 5 septembre 1871 sur la tenue des registres de l'état civil dans les consulats.

lateur espagnol n'a pas su faire abstraction de toute préoccupation religieuse. Comment expliquer autrement, par exemple, la disposition qui interdit le mariage à ceux qui ont prononcé des vœux de chasteté? On pourrait facilement relever d'autres règles semblables, çà et là, dans cette loi espagnole.

Cette loi permet d'ailleurs de célébrer l'union religieuse avant le mariage civil. Ce choix laissé aux futurs époux a produit des abus bien plus nombreux qu'en Italie; sous l'influence de l'idée répandue dans le peuple que le mariage civil constitue un acte d'impiété, beaucoup d'époux se sont contentés de la bénédiction de l'Eglise.

Pour mettre un terme à un état de choses qui menaçait de compromettre la stabilité de la famille et pour donner satisfaction à des résistances très générales, le roi actuel a rendu, le 9 février 1875, un décret qui modifie la législation sur le mariage. Le mariage civil n'est pas supprimé, mais on donne aux futurs époux le choix entre ce mariage et l'union religieuse; si celle-ci est célébrée seule, elle vaut alors en même temps comme mariage civil. Toutefois ceux qui se sont contentés du mariage canonique, doivent se faire délivrer un certificat par le curé et demander l'inscription de leur mariage sur les registres de l'état civil, dans les huit jours. Ce délai expiré, ils sont passibles d'une amende, qui augmente chaque jour de retard, sans pouvoir toutefois jamais dépasser 400 pesetas. D'ailleurs, le défaut d'inscription sur les registres civils n'empêche pas le mariage d'être valable; seulement, le certificat délivré par le curé ne fait preuve complète du mariage qu'autant qu'il a été inscrit sur le registre de l'état civil. Dans le cas contraire, pour que ce certificat fasse

preuve, il faut qu'il soit légalisé conformément aux réglements et aux prescriptions des tribunaux (1).

Par suite de ces changements apportés à la loi de 1870, il existe aujourd'hui en Espagne deux législations différentes sur le mariage, ses formes, ses effets, ses causes de nullité, comme sur les séparations de corps : on applique la loi canonique aux mariages qui n'ont été célébrés qu'à l'église, et la loi civile aux autres. Nous ne rappellerons pas ici les dispositions du droit canonique que nous avons déjà exposées précédemment.

Quant à la loi civile de 1870, elle n'admet d'autre cause de dissolution du mariage que la mort (2). Le divorce n'existe donc pas en Espagne; mais la loi civile donne ce nom à la séparation de corps. Celle-ci n'est permise que pour causes déterminées ; la loi espagnole ne reconnaît pas, comme le code italien, la séparation conventionnelle (art. 83, 84). Les causes de la séparation de corps sont d'abord celles de notre code civil; mais la loi espagnole en ajoute d'autres. Ce sont les suivantes :

1° La violence morale ou physique du mari pour contraindre la femme à changer de religion ;

2° La tentative faite par le mari de prostituer sa femme.

On aurait pu, à la rigueur, supprimer ces deux cas, qui rentrent dans les injures graves.

3° Les mauvais traitements infligés aux enfants, et tels qu'il mettent leur vie en danger;

(1) Cette loi s'applique rétroactivement aux mariages purement religieux qui ont été célébrés depuis la loi de 1870.

(2) Cependant le conjoint de l'époux absent peut se remarier toutes les fois que cet absent aurait atteint la centième année, en le supposant vivant (art. 90 et 91).

4° La tentative par l'un des époux de corrompre ses enfants.

L'adultère du mari autorise la femme à demander la séparation de corps, mais seulement s'il a été accompagné de certaines circonstances; il faut qu'il ait été entouré d'un scandale public, ou qu'il ait été commis au domicile conjugal, ou qu'il y ait eu abandon complet de l'épouse (art 85). Au contraire, tout adultère de la femme permet au mari de demander la séparation.

La loi de 1870 a prescrit quelques mesures relatives à la situation des époux pendant le procès : séparation provisoire des conjoints et indication d'un lieu où la femme devra se rendre; remise des enfants au conjoint innocent, ou, si tous deux sont coupables, à un tuteur; fixation d'une provision alimentaire au profit de la femme et de ses enfants; adoption de mesures conservatoires destinées à protéger la femme contre la mauvaise administration du mari coupable et abandonnées à l'appréciation de la justice (art. 87).

La loi de 1870 s'était bornée à décider pour les procès en séparation de corps et pour les demandes en nullité de mariage, qu'on appliquerait la procédure ordinaire. Cette disposition était tout à fait insuffisante et avait même soulevé des difficultés d'application. Pour combler la lacune et mettre un terme aux controverses un décret du 23 novembre 1872 a organisé la procédure des séparations de corps et des demandes en nullité de mariage. Les actions en séparation doivent toujours être précédées d'une tentative de conciliation, même si les époux sont mineurs. Il est ensuite procédé, avec le concours du ministère public, à une information sommaire sur l'existence des faits invoqués comme cause de séparation, à moins que ces faits ne soient prouvés

par des documents authentiques publics ou officiels. La suite de la procédure ne présente aucune particularité digne d'être signalée.

Entre époux, la séparation produit des effets fort graves. L'époux coupable perd toutes les libéralités qui lui ont été faites ou promises par l'autre ou même par un tiers en vue du mariage. La séparation de corps n'entraîne séparation de biens qu'autant qu'elle est prononcée contre le mari ; le mari innocent conserve l'administration et la jouissance des biens de sa femme coupable, laquelle a seulement droit à des aliments.

La séparation de corps produit aussi d'importants effets sur la puissance paternelle. L'époux coupable perd cette puissance et les avantages qui y sont attachés, sans cesser d'être tenu des obligations qui en résultent ; les enfants sont remis en la garde, puissance et protection du conjoint innocent. Cependant la mère coupable conserve de plein droit, si le jugement n'en dispose pas autrement, la garde de ses enfants, tant que ceux-ci n'ont pas atteint l'âge de trois ans. Les deux époux sont-ils coupables, on nomme aux enfants un tuteur ou un curateur.

La perte de la puissance paternelle est parfois prononcée contre l'époux coupable pour la durée de la vie de son conjoint, et, dans ce cas, si celui-ci prédécède, la puissance paternelle fait, à ce moment, retour à l'époux qui l'avait perdue. Mais il est aussi permis de déclarer l'époux coupable à tout jamais déchu de l'autorité sur ses enfants, et alors, si l'autre conjoint prédécède, on nomme, à ce moment, aux enfants un tuteur et un curateur. La perte de la puissance paternelle est définitive lorsque la séparation de corps a eu pour cause les mauvais traitements infligés aux enfants, la

tentative de les corrompre, la tentative par le mari de prostituer sa femme ; dans les autres cas, la perte de la puissance paternelle cesse à la mort de l'époux innocent (1).

Pour être complet, nous ajouterons que le mariage est défendu, sous peine de nullité, entre l'époux coupable d'adultère et son complice (2), pourvu qu'il existe un jugement passé en force de chose jugée. Il y aurait aussi nullité du mariage contracté entre l'époux coupable et celui qui a été condamné comme auteur ou complice de la mort du conjoint innocent (art. 92).

(1) Voyez sur ces effets de la séparation, les articles 88 et 89 de la loi de 1870.

(2) Cette disposition suppose, cela va sans dire, le prédécès de l'époux innocent.

C. Portugal.

Le Portugal n'est pas resté en arrière des autres pays de l'Europe dans les réformes législatives. Il a refondu l'ensemble de sa législation dans plusieurs codes de dates plus ou moins récentes. Un code de commerce (18 septembre 1833), un code de procédure civile et criminelle (21 mai 1841), un code pénal (10 décembre 1852) ont été successivement mis en vigueur. En 1868, on a promulgué un code civil où domine l'esprit du droit romain. Un nouveau code de procédure a été voté en 1876 et il est entré en vigueur depuis le 17 mai 1877.

Le code civil reconnaît deux sortes de mariages : le mariage religieux, célébré dans les formes et sous les conditions de l'Eglise pour les catholiques; le mariage civil, contracté devant l'officier de l'état civil et soumis aux conditions indiquées par le code pour les autres personnes (art. 1057).

La législation antérieure au code actuel suivait le principe que le mariage est un acte religieux et constitue essentiellement un sacrement. Le projet primitif du code civil regardait le mariage comme un contrat de droit naturel et civil, béni et consacré par les lois de l'Eglise. Les publicistes et les jurisconsultes libéraux

du Portugal soutenaient le système proclamé par la Révolution française que le mariage est un acte civil, un contrat entre les deux époux, reçu et sanctionné par l'autorité civile, conformément aux lois de l'Etat. Le projet du code civil, revu par une commission et présenté à la Chambre des députés, admettait le mariage civil pour les catholiques comme pour les non catholiques; tous les Portugais pouvaient, à leur choix, se marier à l'église ou devant l'officier de l'état civil. Le gouvernement n'a pas eu le courage d'adopter cette réforme et cédant aux influences religieuses, il a établi un système de transaction qui repose sur une distinction entre les Portugais catholiques et les autres. Pour les catholiques, le mariage est un acte religieux, un sacrement produisant des effets civils; ils doivent célébrer le mariage selon les formes établies par l'Eglise catholique. Pour les non catholiques, le mariage est un contrat civil, perpétuel entre deux personnes de sexes différents ayant pour but de constituer légitimement la famille (art. 1056); ils doivent célébrer leur mariage devant l'officier de l'état civil, selon les conditions et les formes établies par la loi civile (art. 1057). Il est assez étrange d'avoir imposé aux uns l'union religieuse et aux autres le mariage civil. N'eût il pas mieux valu laisser au moins à tous le choix entre les deux sortes de formes du mariage, du moment qu'on ne voulait pas consacrer le système de notre code civil. Mais le désir de transiger entre l'esprit religieux et l'esprit moderne a même parfois conduit le législateur portugais à de véritables contradictions. Ainsi, la forme du mariage dépendant de la religion des contractants, il semble qu'il aurait été naturel et même nécessaire d'autoriser l'officier de l'état civil à interroger les per-

sonnes qui se présentent devant lui sur la religion qu'elles professent. C'est pourtant précisément le contraire qu'on lit dans le code portugais. L'article 1081 défend à l'officier de l'état civil de s'enquérir de la religion des parties contractantes. L'article 1090 ajoute que la religion ne sera point une cause de nullité du mariage civil, ce qui est encore plus étrange. La différence de religion n'est pas non plus un empêchement à la célébration du mariage (art. 1058, 1073 et 1076.)

D'ailleurs ces dispositions relatives au mariage civil et à la sécularisation du droit pour les Portugais non catholiques sont restées pendant plusieurs années lettre morte et viennent d'entrer seulement tout récemment en vigueur. L'article 2445 du code civil portugais établit des registres pour constater les actes de l'état civil, acte de naissance, acte de mariage, acte de décès et actes de reconnaissance et de légitimation des enfants naturels. Mais l'organisation des registres de l'état civil, les devoirs des fonctionnaires chargés de les tenir et les formes à suivre devaient être réglées par le pouvoir exécutif, et le gouvernement a longtemps tardé à mettre la loi en exécution. C'est à la fin de 1878 que le gouvernement s'est enfin décidé à promulguer deux décrets, l'un du 28 novembre 1878, sur la tenue des registres de l'état civil, l'autre du 26 décembre 1878, sur le mode de délivrance des dispenses relatives au mariage (1).

Quant au divorce, il n'était pas admis par la loi antérieure au code actuel, et celui-ci n'a pas songé à l'établir ; il eut été trop contraire aux mœurs du pays. Le code civil portugais reconnaît seulement la sépara-

(1) On trouvera le texte traduit de ces deux décrets dans l'*Annuaire de la Société de législation comparée*, (p. 423 et 432.)

tion de corps (1). Celle-ci peut être demandée : en cas de condamnation de l'un des époux à une peine perpétuelle ; pour cause d'excès, sévices ou injures graves ; en cas d'adultère. L'adultère de la femme permet toujours au mari de se séparer ; mais celui du mari n'autorise la femme à demander sa séparation qu'autant qu'il a été accompagné d'un scandale public ou d'un abandon complet de la femme, ou si la concubine a été entretenue au domicile conjugal (art. 1204). La séparation de corps entraîne nécessairement celle des biens, à moins qu'elle n'ait lieu pour cause d'adultère de la femme ; dans ce dernier cas, celle-ci n'a droit qu'à des aliments (art. 1210, § 1) (2).

(1) Voyez sur la séparation de corps les art. 1204 et suiv. La procédure se trouve dans le nouveau code de procédure civile, art. 443 et suiv.

(2) Les demandes en nullité de mariage des catholiques sont portées devant les tribunaux ecclésiastiques qui les jugent suivant les lois de l'Eglise reconnues par le royaume ; mais les mesures d'instruction sont prises et l'exécution des sentences est assurée par les tribunaux civils (art. 1086, 1087, 1088).

D. Roumanie.

Le nouveau code civil de la Roumanie, encore peu connu, remonte cependant déjà à une douzaine d'années. Jusqu'en 1817, les Roumains, qui descendent de colonies romaines établies en Dacie par l'empereur Trajan, étaient soumis à des coutumes, au droit romain et aux canons, trois sources de droit civil qui se contrariaient entre elles et donnaient lieu par leur coexistence à de nombreuses difficultés. C'est seulement en 1817 que la Roumanie proprement dite eut un code civil, appelé, du nom du prince qui l'avait promulgué, *Code Caragea* : la Moldavie eut aussi le sien sous le nom *Code Càlimach*. Ces deux codes furent, en général, empruntés aux Basiliques et au Promptuaire d'Harménopule. Ces lois restèrent en vigueur jusqu'à la fin de 1864. A cette époque, le prince Couza nomma une commission composée de jurisconsultes qui avaient tous fait leur droit à Paris. Cette commission traduisit le code civil français, en se bornant à de très rares changements ou suppressions. L'œuvre de la commission fut promulguée par un simple décret du 4 décembre 1864, sans avoir été, au préalable, soumise aux discussions des assemblées législatives. Cette promulgation fut d'ailleurs légalement faite, car, à la suite du coup

d'Etat du 2 mai 1864, le prince Couza avait réuni tous les pouvoirs entre ses mains. Les rédacteurs du code roumain ont reproduit presque textuellement notre code civil, sauf en ce qui touche à l'organisation de la famille, qu'ils n'ont pas voulu modifier (1). Ainsi, pour se conformer aux traditions, ils n'ont pas admis la séparation de corps. Le divorce est autorisé pour les causes indiquées par notre code civil; toutefois la femme peut le demander en cas d'adultère de son mari, même s'il n'a pas tenu la concubine dans la maison commune. Le code roumain ajoute, dans son article 215, que le divorce peut aussi être demandé contre l'époux qui a attenté à la vie de son conjoint ou qui, sachant qu'un tiers voulait y attenter, ne l'a pas prévenu (2).

C'est aussi par respect des traditions que le législateur roumain n'a pas accepté le système de notre code sur le mariage civil. Le code roumain reproduit bien le principe du mariage civil; mais l'art. 22 de la constitution impose, en outre, le mariage religieux; la bénédiction nuptiale devient une condition de la validité du mariage civil.

On a proposé chez nous l'introduction d'un système moins absolu, mais analogue, toujours pour éviter les dangers du refus de la bénédiction nuptiale après la

(1) D'après le code roumain, le père et la mère sont les seuls ascendants réservataires, mais la réserve est toujours de moitié, même si le père (ou la mère) est seul; la tutelle officieuse n'est pas admise, et les conditions de l'adoption sont moins rigoureuses que chez nous. Le régime dotal occupe le premier rang et la communauté n'est admise que sous forme de communauté d'acquêts jointe au régime dotal. Les enfants légitimes ont seuls un père reconnu par la loi; mais à l'égard de la mère, il n'y a pas de différence entre les enfants légitimes et les autres. La femme survivante a un droit de succession. On reconnaîtra, dans presque toutes ces solutions, l'influence du droit romain. Quant au régime hypothécaire, il a été emprunté à la loi belge.

(2) Voy. sur le divorce les art. 209 et suiv. du Code roumain.

célébration du mariage civil : les époux déclareraient à l'officier de l'état civil s'ils ont ou non l'intention de se marier à l'église. Dans le cas de réponse négative, le mariage serait immédiatement contracté ; dans le cas contraire, il ne le serait que sous la condition de la célébration religieuse ; celle-ci deviendrait ainsi un élément essentiel du mariage civil. Les inconvénients de ce mariage civil conditionnel, qui laisse l'union conjugale en suspens, soumet la loi civile au droit canonique, oblige de tenir compte des dispositions de la loi religieuse sur la validité du mariage, ont été si clairement relevés qu'il est inutile d'insister sur ce point (1).

(1) Voyez Huc, *Code civil italien ;* Duverger, *Etudes de législation.*

PAYS OU DOMINE L'ÉLÉMENT GERMANIQUE

A. Angleterre (1).

On se rappelle qu'avant le concile de Trente, le mariage se formait, d'après le droit canonique, par le seul échange des consentements. Cette règle avait aussi passé en Angleterre où elle avait été adoptée et confirmée par la loi commune. La littérature populaire de la fin du moyen âge et du commencement des temps modernes en donne de nombreuses preuves. On s'adressait ordinairement à l'Eglise pour avoir sa bénédiction, mais c'était là, comme en France, un pieux usage, et on s'en écartait pour les seconds mariages, ce qui

(1) Blackstone, livre I, chap. 15. — Stephen, liv. III, chap. 11. — Colfavru, *Du Mariage en Angleterre*. — Waldilorc, *The law of Mariage*, London, 1864. — Voir surtout le traité du divorce de Harpsfield (compte-rendu par Joseph Brown, dans *the Academy*, 1er juillet 1877).

Voyez aussi les articles suivants : Bill relatif au mariage des dissidents, dans la *Revue de Fœlix*, III, 655. — Des prétendus mariages de Greetna Green, dans la même Revue, IV, 7. — De la vente des femmes en Angleterre par Lorieux, dans la *Revue de Fœlix*, VIII, 672. — Etude sur la célébration du mariage en Angleterre, par Gonse, dans le *Bulletin de la société de législation comparée*, 1875, p. 80. — Le mariage dans le droit romain et le droit anglais, par Pinder Eversley, dans *The Law Magazine and Review*, n° 231.

prouve bien que l'intervention de l'Eglise ne formait pas une condition essentielle de la validité du contrat et du sacrement. D'après la coutume usitée pour les premiers mariages, le fiancé et la fiancée se rendaient aux portes de l'église où se faisaient les vœux de mariage; ils entraient ensuite dans l'église, s'agenouillaient sur les marches de l'autel et participaient à la sainte cène. Le prêtre pouvait assister à l'échange des consentoments, mais en qualité d'invité (guest) et nullement comme représentant nécessaire de l'Eglise. Cette coutume de mariages consensuels est même constatée par une peinture (1) qui représente un mariage où figurent le fiancé et la fiancée avec leurs parents, mais où l'on ne voit aucun prêtre.

Cette doctrine n'a pas été modifiée par l'introduction de la réforme en Angleterre, « l'Etat chrétien de mariage » *(Christian state of matrimony)*, traité moral et religieux, publié en 1543, avait pour objet de faire connaître les opinions de la nouvelle Eglise en matière de mariage et de les vulgariser dans l'intérêt des bonnes mœurs. Eh bien, on lit dans cet ouvrage le passage suivant : « Encore sur ce point je dois avertir toute personne raisonnable et honnête de se garder, en contractant mariage, de rien dissimuler ou de faire aucun mensonge. Tout homme doit considérer la personne vis-à-vis de laquelle il s'est engagé comme sa propre épouse, quoiqu'il ne l'ait point fait à l'église ou en public. Après que l'engagement a été pris, que le contrat a été fait, il ne faut pas trop longtemps tarder à aller à l'église et à célébrer le mariage (2) ». De même, dans un statut

(1) Reproduite dans le *Horda Angelcynnan de Strutt*, Londres, 1875, vol. I, feuille 13).

(2) V. Gefferson, *Fiancés et cérémonies nuptiales*, vol. II, p. 91.

d'Edouard VI, la bénédiction nuptiale est considérée comme l'exécution d'une des obligations résultant du mariage déjà contracté. Ce statut (1) porte en effet : « Lorsqu'une cause ou un contrat de mariage est allégué, il est permis au juge ecclésiastique du roi d'entendre et d'examiner l'affaire, et dans le cas où ce contrat est suffisamment et légitimement prouvé, de donner un ordre de mariage *(sentence fort matrimony)* prescrivant la célébration, la cohabitation, la consommation, et déclarant que les époux seront traités comme mari et femme, ainsi qu'au temps passé sous le statut 32, Henri VIII. »

Malgré les immenses changements apportés par la réforme, il n'a pas été porté atteinte au principe de l'indissolubilité du mariage ; le divorce n'est pas entré avec le protestantisme en Angleterre comme en Allemagne. Le statut de Henri VIII (2) proclame, au contraire, indissoluble le mariage contracté en face de l'Eglise par des personnes libres de se marier, consommé corporellement, et duquel il est né un enfant. Mais les empêchements de mariage pour parenté ou alliance éloignée, qui étaient en réalité un prétexte à dispenses, furent supprimés ; on s'en tint aux prohibitions établies par le Lévitique, qui défendent le mariage entre l'oncle et la nièce. On admettait d'ailleurs les causes de nullité consacrées par le droit canonique dont les dispositions ont été observées jusqu'en 1857. La séparation de corps était le seul moyen offert aux époux mal assortis ; ses causes n'étaient pas, d'ailleurs, déterminées d'une manière bien précise. C'est seulement beaucoup plus tard que le divorce est entré dans le droit

(1) 2 et 3, Ed. VI, 33.
(2) 32, H. VIII, 38.

anglais sous la forme d'un acte du Parlement. L'intervention du Parlement était une garantie contre les abus et a été nécessaire jusqu'en 1857. Cette exclusion, à peu près complète du divorce, par un peuple qui avait cessé d'être catholique est tout à fait remarquable. Elle s'explique par la haute idée que les Anglais se sont toujours faite du mariage. Ils ont compris que la base de la famille ne peut être solide qu'à la condition de rester indissoluble. Bien que le mariage ait cessé de constituer un sacrement dans la religion anglicane (1), celle-ci ne l'entoure pas moins des mêmes solennités que l'Eglise catholique. Il suffit pour s'en convaincre d'écouter la liturgie du *prayer book* du temps de la Réforme. « Veux-tu prendre cette femme pour ta légitime épouse, afin de vivre ensemble selon le commandement de Dieu dans le saint état du mariage? Veux-tu l'aimer, la soutenir, l'honorer, la garder dans la maladie et dans la santé... dans la bonne et dans la mauvaise fortune, dans la richesse et dans la pauvreté... et renonçant à toute autre, te garder à elle seule aussi longtemps que vous vivrez tous les deux? (2) »

Le mariage était encore interdit aux ecclésiastiques sous le règne de Henri VIII. Un statut de ce prince en avait fait une félonie (3). Sous Edouard VI, on se relâcha de cette rigueur, et le mariage fut permis aux prêtres sous prétexte que le célibat avait surtout pour objet de maintenir les clercs sous la dépendance du pape. Le préambule du statut semble cependant faire cette concession à regret, et il reconnaît même que le

(1) Cette religion ne reconnaît que deux sacrements, le baptême et l'eucharistie.

(2) Cpr. Taine, *Histoire de la littérature anglaise*, liv. II, chap. 5.

(3) 31, H. VIII, 14.

célibat est un état préférable pour la profession ecclésiastique (1). Ce statut fut abrogé sous la reine Marie, comme toutes les dispositions qui réformaient l'Eglise; il ne fut rétabli que sous Jacques I[er] (2); mais déjà sous le règne d'Elisabeth, l'un des trente-neuf articles adoptés par le clergé portait que les évêques, prêtres et diacres pourraient valablement se marier comme les autres chrétiens (3). Jusque sous Henri VIII, les clercs en chancellerie, même s'ils étaient laïques, n'avaient pas la liberté de se marier. En outre, les docteurs laïques en droit civil ne pouvaient exercer aucune juridiction ecclésiastique s'ils étaient mariés. Ces deux règles furent abrogées par des statuts de Henri VIII (4). Mais celle du célibat a été maintenue pour les théologiens jouissant de prébendes dans les colléges *(fellowship)* qu'ils sont obligés de quitter quand ils se marient.

La réforme de la législation anglaise sur le mariage a été moins radicale que la nôtre; le mariage civil n'a pas

(1) 2 et 3, Ed. VI, 21.

Voici ce préambule : « Les prêtres et les autres ministres de l'Eglise de Dieu auraient sans doute d'autant plus de droit à l'estime s'ils vivaient chastes, isolés et séparés de la compagnie des femmes et des liens du mariage; ils en seraient d'autant plus propres à administrer la parole divine et moins distraits, moins embarrassés par les soins du ménage, s'ils restaient libres et non chargés de la peine et des frais qu'entraîne l'entretien d'une femme et de ses enfants, et il serait fort à désirer qu'ils s'efforçassent volontairement à une chasteté perpétuelle et de s'abstenir de l'usage des femmes. Mais puisqu'on sait le contraire, puisqu'une vie déréglée et d'autres graves inconvénients qu'il n'est pas à propos d'exposer, sont le résultat d'une chasteté commandée et des lois qui leur ont interdit un usage religieux du mariage, il sera mieux et plus supportable pour la société que ceux qui ne pourront vivre dans la continence s'engagent, suivant le conseil de l'Ecriture, dans le saint nœud du mariage, plutôt que d'affecter à l'extérieur par un abus plus condamnable, la chasteté et la vie retirée. »

(2) 1, Jac. 1, 25.

(3) Chap. XXXII.

(4) 14 et 15. H. VIII, 8. — 37, H. VIII, 7.

été rendu obligatoire; on s'est borné à l'établir à côté du mariage religieux, pour donner aux contractants le choix entre l'un ou l'autre. Les registres de l'état civil ont été organisés en Angleterre à peu près à la même époque que chez nous, sous le règne de Henri VIII, en 1538; ils furent tenus par les paroisses jusque sous le règne de Guillaume III. Des actes du Parlement ont successivement institué et organisé la tenue des registres de l'état civil par des fonctionnaires civils, sous les règnes de Guillaume III, Georges III, Guillaume IV et Victoria.

Depuis cette innovation, le mariage religieux, même célébré suivant les rites de l'Eglise anglicane, est soumis à certaines conditions du droit civil. Ainsi, les publications faites à l'église ne suffisent plus : il faut aussi, sauf dispenses, une formalité plus ou moins semblable de l'autorité civile. De même, pour pouvoir obtenir la célébration religieuse, on doit après l'expiration des délais des publications, demander à l'officier des registres *(registrar)* un certificat reproduisant les mentions contenues dans la notice des publications, avec déclaration que les délais des publications sont expirés sans qu'il ait été fait aucune opposition, ou qu'on a obtenu dispense des publications; ce certificat est remis au ministre du culte qui doit célébrer le mariage. Enfin, après la bénédiction nuptiale, il est dressé acte de mariage, non-seulement sur les registres de la paroisse, mais encore sur ceux de l'état civil.

Nous avons supposé le mariage religieux célébré d'après les rites de la religion anglicane. Si le mariage a lieu suivant les formes d'un autre culte, il faut qu'il soit célébré dans un édifice désigné à cet effet par l'autorité civile; qu'il soit, à moins de dispense, précédé

des publications faites par la même autorité civile ; que l'officier de l'état civil, dans le ressort duquel se trouve l'édifice où doit être célébré le mariage, assiste à la cérémonie, accompagné de deux témoins au moins.

On voit, par ces détails, que l'autorité civile intervient même dans les unions religieuses, surtout si elles sont célébrées suivant une religion autre que la religion anglicane.

Au lieu du mariage religieux, on peut, si on le préfère faire célébrer et constater le mariage par le *registrar* du district en présence de deux témoins ; c'est le mariage civil.

On a proposé chez nous l'établissement de ce système, qui a paru préférable à celui du mariage civil obligatoire et précédant nécessairement l'union religieuse. Il est certain qu'avec ce procédé il n'y a plus lieu de craindre qu'une femme mariée civilement se voie refuser la bénédiction nuptiale par son mari. Mais, il faut le reconnaître, le système anglais offrirait chez nous des inconvénients bien autrement sérieux : l'existence du mariage civil serait compromise ; on serait obligé d'appliquer au mariage tantôt les dispositions du droit civil, tantôt celles du droit canonique, suivant que le mariage aurait été célébré à la mairie ou à l'église, et comme celle-ci ne reconnaîtrait pas les décisions des tribunaux civils, il faudrait rétablir les juridictions ecclésiastiques. Le principe de la sécularisation du droit serait détruit.

La législation anglaise sur le mariage présente encore d'autres défauts ; elle a surtout le tort de n'être pas uniforme et de rendre le mariage trop facile. Ainsi, les règles que nous venons d'exposer sont étrangères à l'Ecosse et à l'Irlande. En Irlande, il y a plusieurs

espèces de mariages : mariage devant l'Eglise anglicane, soumis aux mêmes règles qu'en Angleterre ; mariage entre catholiques romains, régi par la loi commune ; mariage fait par un ministre dissident ; mariage des quakers, etc. En Ecosse, on a conservé, pour la forme du mariage, les principes du droit canonique antérieurs au concile de Trente. A côté du mariage régulier, ainsi appelé parce qu'il est précédé de publications et célébré par le ministre du culte, on reconnaît le mariage irrégulier qui produit d'ailleurs les mêmes effets (1). Ce mariage irrégulier se forme par le seul échange des consentements de s'unir actuellement (*verba de præsenti*). La promesse réciproque de s'unir plus tard (*verba de futuro*) ne vaut que comme fiançailles, mais si elle est ensuite suivie de cohabitation, il y a mariage ; cette cohabitation est considérée comme une exécution de la promesse (2). Ces mariages irréguliers se contractent, comme on le voit, de la manière la plus simple, et cette forme du mariage peut être employée non-seulement par les Ecossais, mais même par les Anglais des autres parties des îles Britanniques et par les étrangers. La loi anglaise pose en principe qu'on peut toujours se marier suivant la forme du pays où l'on se trouve. Ce principe, appliqué aux mariages contractés en Ecosse, explique les célèbres unions de Greetna-

(1) Il donne seulement lieu à l'application d'une amende légère ; mais on a vu souvent des gens provoquer eux-mêmes leur condamnation afin d'obtenir, par ce moyen, une preuve écrite de leur mariage.

(2) Aucun consentement des parents n'est exigé. Jusqu'en 1856, on n'imposait aucune condition de domicile ou de résidence ; mais aujourd'hui on exige, comme condition de validité, qu'à la date du mariage un des deux contractants au moins soit domicilié en Ecosse ou y réside depuis un temps qui ne peut être inférieur à..... vingt et un jours !

Green (1). On avait admis, dans toute l'Angleterre, la validité des mariages contractés par *verba de præsenti* jusque sous le règne de Georges II (2). A cette dernière époque, un acte du parlement voulut, qu'à moins d'une dispense de l'archevêque de Cantorbéry, le mariage fût célébré dans une église paroissiale ou chapelle publique « où il était d'usage de publier les bans avant le 25 mars 1754 (3). » Cet acte prescrit encore la publication de bans et exige, à peine de nullité, jusqu'à l'âge de vingt et un ans, le consentement du père ou, à son défaut, celui de la mère. Il impose encore d'autres formalités dont l'omission, sans faire encourir la nullité du mariage, donne lieu à l'application de certaines peines.

Toutefois, les dispositions de ce statut ne s'étant pas appliquées à l'Ecosse, ce pays devint le refuge de tous ceux qui rencontraient en Angleterre des obstacles à la célébration de leur mariage. Des centaines et des milliers de couples se rendaient à Greetna-Green, le premier village de la frontière écossaise, et y échangeaient leurs consentements devant un forgeron. Celui-ci ne jouait pas le rôle d'officier de l'état civil, mais celui de témoin. Ce forgeron réalisa de tels bénéfices, que ses successeurs établirent un véritable office où l'on vint

(1) Voyez un article de Fœlix, dans le t. VI de sa *Revue*, p. 7. On remarquera toutefois que, dans cet article, Fœlix a commis des erreurs dans l'explication des *verba de præsenti* et des *verba de futuro*.

(2) Un acte du parlement, rendu sous le règne d'Henri VIII, décida même qu'après le mariage contracté par le seul échange des consentements, chaque époux aurait action pour contraindre son conjoint à recevoir le sacrement du mariage.

(3) De ces derniers termes on a conclu que les mariages célébrés dans les églises construites depuis 1754 étaient nuls; il a fallu l'intervention du parlement pour couvrir la nullité qui avait été prononcée par la Cour du Banc du roi.

échanger les consentements; il était dressé acte dont on obtenait extrait moyennant argent.

Aujourd'hui, le mariage de Greetna-Green est tombé en désuétude, précisément parce que la loi anglaise se montre partout beaucoup trop facile. A ceux qui ne veulent pas contracter le mariage religieux, la loi offre le mariage civil devant le *registrar*. On obtient sans peine dispense des publications. Le *registrar* accorde cette dispense sans condition. Toutefois, si l'on veut être dispensé même des publications religieuses il faut que l'un ou l'autre des futurs époux prête serment: « qu'il n'a connaissance d'aucun empêchement; que l'un des futurs époux réside dans la paroisse ou le district depuis quinze jours au moins; que si l'un d'eux est mineur, il a obtenu le consentement nécessaire, ou qu'il n'y a personne pour donner ce consentement (1). » Enfin, le défaut du consentement du père, du tuteur ou de la mère, pour celui qui n'a pas atteint vingt et un ans n'entraîne nullité qu'autant qu'il y a eu opposition au mariage. Dès lors, il n'est plus nécessaire de se rendre à Greetna-Green; on obtiendra sans difficulté une dispense de publications; le père, le tuteur ou la mère, n'ayant pas connaissance du projet, n'y feront pas opposition; les contractants se rendront, accompagnés de deux témoins devant le *registrar*, l'affaire sera conclue.

Des réformes ont été demandées contre cette législation; on a surtout fait valoir les avantages d'une loi uniforme; mais les projets mis en avant ont, jusqu'à présent, rencontré de sérieuses difficultés

Autant la loi anglaise se montre facile pour la forma-

(1) 4. Georges IV, c. 76.

tion du mariage, autant elle voit le divorce avec défaveur. Jusqu'au règne actuel, et avant le statut 20 et 21 *Vic.* c. 85, la séparation de corps, que les Anglais appellent divorce *a mensa et thoro*, était seule prononcée par la cour ecclésiastique toutes les fois que la vie commune devenait intolérable, notamment en cas de sévices du mari, d'adultère de l'un ou de l'autre des conjoints, d'abandon prolongé, de maladie incurable, d'outrage contre nature. Quant au divorce proprement dit (1), les cours ecclésiastiques, sous l'influence du droit canonique, ne l'admettaient pas, mais il pouvait être prononcé par acte du parlement, le plus souvent pour cause d'adultère de la femme, « l'usage s'étant établi, nous dit Stephen, de la part du parlement, de mettre, par exception, son autorité souveraine au service du mari offensé (2) ». Toutefois, il n'était pas d'usage, à la chambre des pairs, de passer un statut à cet effet, à moins que le divorce *a mensa et thoro* n'eût été d'abord prononcé par la cour ecclésiastique et que le complice de la femme n'eût été préalablement condamné par une cour de *common law* au paiement des dommages-intérêts pécuniaires envers le mari. Le parlement n'accordait le divorce pour cause d'adultère du mari que dans des circonstances exceptionnelles et odieuses, comme, par exemple en cas d'adultère incestueux, de rapt, etc.

Les causes matrimoniales ont été, depuis 1857, enlevées aux cours ecclésiastiques et attribuées à une cour spéciale. Cette cour des divorces a été à son tour, par

(1) Les jurisconsultes anglais appellent aussi improprement divorce l'annulation du mariage entaché d'un vice antérieur à sa formation.
(2) Edition de 1874.

un acte récent, réunie à d'autres, pour en constituer une nouvelle ayant des attributions fort étendues et statuant à deux degrés. Cette nouvelle cour suprême ne fonctionne que depuis fort peu de temps, la réforme judiciaire entreprise en Angleterre ayant soulevé des difficultés qui en ont retardé l'application. C'est une section de cette nouvelle juridiction qui remplace la cour des divorces, et l'on porte devant elle les nullités de mariage, les questions de filiation, les séparations de corps, les demandes en divorce.

Tant que les divorces furent soumis au parlement, ils restèrent excessivement rares. La compétence du parlement présentait le grave inconvénient de coûter fort cher, de sorte que le divorce n'était accessible qu'aux classes riches (1). D'ailleurs, même depuis l'acte de 1857, il n'a été commis aucun abus en Angleterre (2). On s'est toujours fait dans ce pays une haute idée du mariage. Les femmes anglaises comprennent l'importance des devoirs qu'il fait naître et les observent scrupuleusement. « Se marier, c'est se donner tout à fait et pour toujours.... La jeune fille reste Anglaise, c'est-à-dire positive et pratique..... Elle veut être l'auxiliaire, l'associée utile de son mari dans les longs voyages, dans les entreprises pénibles, dans tous les travaux même ennuyeux ou dangereux (3). » Le législateur

(1) Taine, *Notes sur l'Angleterre*, p. 101.

(2) Cet acte de 1857 ne s'applique pas dans les îles normandes où l'on n'admet encore aujourd'hui que la séparation de corps. Il n'est pas non plus en vigueur en Ecosse ni en Irlande.

(3) « Nous assistons à trois procès. Dans l'un il s'agit du divorce qu'une femme réclame contre son mari. La chose a cessé d'être un privilége aristocratique et n'exige plus de frais exorbitants ; ils sont maintenant de vingt-cinq à trente livres, à la portée des bourses médiocres. Du reste, les comptes rendus de ces procès conjugaux très fréquents dans les gazettes, méritent d'être lus, parce qu'ils

consolide ses mœurs par des dispositions qui écartent toute chance d'abus. L'acte de 1857 a eu le soin d'entourer le divorce de nombreuses restrictions et s'est attaché à ne pas s'écarter des usages établis (1). Les causes de divorce qu'il consacre sont peu nombreuses. L'adultère de la femme suffit pour autoriser le mari à demander la dissolution du mariage, mais l'adultère simple du mari ne donne pas le même droit à la femme. Pour que celle-ci puisse demander le divorce, il faut supposer, de la part du mari, un adultère accompagné d'inceste ou de bigamie. Les crimes contre nature, le rapt et le viol commis par le mari autorisent aussi la demande en divorce.

Lorsque le divorce a été prononcé pour cause d'adultère, le conjoint coupable peut épouser son complice; on est même réputé manquer à l'honneur lorsqu'après avoir séduit une femme mariée, on ne répare pas sa faute en l'épousant. C'est là une particularité curieuse du droit anglais ; dans beaucoup d'autres législations, il y a, au contraire, empêchement de mariage entre l'époux coupable et son complice, pour que l'adultère ne conduise pas au mariage par le divorce.

Au lieu de divorcer, les époux peuvent, encore aujourd'hui, se séparer de corps sans dissoudre leur mariage. Les causes principales de la séparation de corps sont : l'adultère de l'un des deux époux (2), la cruauté

ouvrent une perspective sur un vice du ménage anglais, à savoir sur la tyrannie et la brutalité du mari. » Taine, *Notes sur l'Angleterre*, I, p. 282.

(1) Cet acte a été cependant vivement critiqué par M. Le Play : « Il est, dit-il, un symptôme de la décadence des mœurs ; il affaiblit dans l'esprit de la nation le principe d'ordre supérieur qui proclame l'indissolubilité du mariage. » (*La Constitution de l'Angleterre*, p. 193.)

(2) Cependant la séparation ne serait pas prononcée : si les deux

intolérable, une maladie incurable, l'abandon prolongé pendant deux ans au moins. Mais la loi n'admet pas la séparation par consentement mutuel; cependant, il n'est pas rare de voir une pareille convention, sous la garantie d'un tiers qui se porte caution.

Le jugement prononçant la séparation ou le divorce contient des dispositions relatives à la garde et à l'éducation des enfants.

Quand un jugement de la cour prononce un divorce, les tiers peuvent, pendant un certain temps, l'attaquer, en soutenant qu'il existe une collusion frauduleuse entre les époux, et alors la cour confirme le jugement ou l'annule ou ordonne un plus ample informé, ou prend toute autre mesure nécessitée par les circonstances. De leur côté, les époux peuvent appeler, pendant un mois, du jugement qui prononce le divorce, et si, sur l'appel, le jugement est maintenu, les époux ont le droit de se remarier comme en cas de dissolution du mariage par la mort.

La femme divorcée ou séparée reprend la capacité de toute femme qui n'est pas engagée dans le mariage; mais, s'il y a eu adultère de sa part, elle perd son droit au douaire. Pendant le mariage, sa personnalité juridique était confondue avec celle du mari. Cette confusion cesse par l'effet du divorce, mais sans rétroactivité; aussi la haute cour a-t-elle déclaré non-recevable l'action en dommages-intérêts intentée par une femme divorcée contre son mari pour faits commis pendant le mariage (1). Telle a été la législation anglaise jusqu'en

époux étaient également coupables, si le mari avait prostitué sa femme ou toléré sa prostitution, si l'adultère n'était pas intentionnel, comme en cas de viol, s'il y avait eu réconciliation expresse ou tacite.

(1) Voy. le *Journal du droit international privé*, 1877, p. 442.

1878. A cette époque, un bill a modifié et amélioré sous trois rapports la législation antérieure.

1. Lorsqu'un des époux a obtenu, après débat, une déclaration de la cour compétente portant qu'il a droit au divorce ou à la séparation, la procédure doit être interrompue pendant un certain temps et c'est seulement à l'expiration d'un délai, que le demandeur peut obtenir le décret absolu, c'est-à-dire le jugement définitif. Pendant ce temps, tout tiers ou le *Queen's proctor* agissant au nom de l'ordre public, peut intervenir au procès pour prouver qu'il n'y a pas lieu à séparation de corps ou à divorce, et que le demandeur ou même les deux époux sont coupables de dol. Avant la loi nouvelle, si le tiers ou le *Queen's proctor* réussissait dans sa prétention, l'époux débouté était condamné aux frais de l'instance principale et de l'intervention, mais s'il échouait, l'époux n'en restait pas moins définitivement tenu des frais qu'il avait été obligé de faire pour répondre à la prétention du tiers ou du *Queen's proctor*. L'acte de 1878 fait disparaître cette rigueur en décidant que, dans ce dernier cas, la cour aura toujours le droit de liquider équitablement les dépens. Il ajoute que, si c'est le *Queen's proctor* qui est repoussé de sa prétention, les frais de l'époux, mis à sa charge, seront considérés comme faisant partie des frais entraînés par son office et, à ce titre, supportés par le trésor (1).

2. Autrefois la cour n'avait pas le droit de modifier les conventions matrimoniales constituant des avantages au profit de la femme adultère, lorsqu'au moment du divorce il n'existait pas d'enfant du mariage. L'acte

(1) C'est ainsi que les choses se passaient précédemment dans les procès en matière d'impôt (in revenue cases).

de 1878 reconnaît à l'avenir ce droit à la cour et lui permet d'ordonner ce qui lui paraîtra équitable. Ainsi cessera le scandaleux spectacle d'une femme et de son complice vivant avec les libéralités du mari.

3. L'acte de 1878 renferme aussi une innovation qui tient à la compétence. La compétence de la cour des divorces cesse d'être exclusive : à l'avenir, toute cour, tout magistrat statuant isolément *(summarily)* sur une prévention de violences commises par un mari envers sa femme (pourvu qu'elles aient le caractère d'un *agravated assault*) pourra autoriser la femme à vivre séparément de son mari. Cet ordre a la force d'un décret de séparation judiciaire pour cause de sévices. Il peut confier les enfants à la femme tant qu'ils n'ont pas dépassé l'âge de dix ans ; il détermine aussi le montant de la pension que le mari doit payer chaque semaine par l'entremise des *law guardians*. Le tribunal criminel doit, tout en autorisant la séparation, refuser à la femme le droit à la pension et la garde des enfants, si elle s'est rendue coupable d'adultère. Ces ordres de séparation prononcés accessoirement à une action criminelle, peuvent toujours être attaqués par la voie de l'appel et cette voie de recours est portée à la section de la haute cour de justice chargée des *probate and divorces* et de l'Amirauté.

Il est curieux de constater en terminant, que ce nouvel acte sur le divorce avait été proposé en vue d'une réforme qui, en définitive, a été rejetée. Dans l'état actuel de la législation, la femme coupable d'adultère, contre laquelle le divorce est prononcé, a néanmoins droit, de la part de son mari, pour subvenir à ses besoins, soit à une somme une fois payée, soit à une pension viagère ; mais elle perd ce droit, si elle établit que

son mari s'est, de son côté, rendu coupable de la même faute. On avait proposé de supprimer cette différence pour que la femme n'eût plus intérêt à dissimuler la faute de son mari, mais ce projet n'a pas réussi. Lorsque les deux époux sont coupables d'adultère, il y a compensation des torts et la cour ne peut prononcer ni séparation ni divorce ; les époux doivent ou peuvent vivre comme auparavant, mais ni l'un ni l'autre ne saurait obtenir de condamnation à son profit. En France, nous procédons autrement : les tribunaux prononcent la séparation de corps contre chacun des époux.

B. Hollande.

Le code civil hollandais de 1838 consacre le principe du mariage civil, qui existait d'ailleurs depuis longtemps déjà dans les Pays-Bas. Comme en France, la bénédiction nuptiale doit être précédée du mariage civil (art. 136). En général, les dispositions de ce code ne s'écartent pas sensiblement de notre loi. Ainsi, on a admis, comme conséquence du mariage civil, la suppression des fiançailles et la nullité des promesses de mariage (art. 113) (1). Contrairement au droit canonique et comme presque toutes les législations qui admettent le mariage civil, le code hollandais exige le consentement du père et de la mère ; toutefois, en cas de dissentiment, le consentement du père suffit (art. 92.) Si les père et mère sont morts ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, l'aïeul du côté paternel les remplace. A défaut d'aïeul paternel, il faut le consentement de l'aïeule maternelle (art. 93). Ce consentement des parents est exigé comme condition du mariage tant

(1) Toutefois l'article ajoute : « Néanmoins la déclaration faite à l'officier de l'état civil, et suivie d'une publication, pourra donner lieu à une action en dommages-intérêts pour les pertes réelles que le refus de l'une des parties aurait fait éprouver à l'autre, et sans qu'on puisse jamais y faire entrer le gain dont ce refus l'a privé. Cette action sera prescrite dix-huit mois après le jour de la première publication. »

que les enfants n'ont pas atteint leur majorité. A partir de la majorité, et jusqu'à l'âge de trente ans accomplis, ils doivent encore demander le consentement de leurs père et mère; mais, s'ils ne l'obtiennent pas, ils peuvent réclamer l'intervention du juge du canton dans le ressort duquel les parents sont domiciliés (art. 99). Dans les trois semaines qui suivent la demande, le juge du canton fait comparaître devant lui le père ou, à son défaut, la mère et l'enfant; il leur fait ses représentations (art. 100). Si le père ou la mère ne comparaît pas, il est passé outre à la célébration du mariage (art. 101); si c'est l'enfant qui fait défaut, il ne peut pas se marier sans avoir renouvelé sa demande de médiation auprès du juge (art. 102). Dans tous les cas, le refus du consentement du père ou de la mère n'empêche pas le mariage de cet enfant majeur, seulement il ne peut pas être procédé à la célébration tant qu'il ne s'est pas écoulé trois mois depuis la comparution devant le juge (art. 104). Ces dispositions sont plus paternelles que celles de notre code civil sur les actes respectueux et nous avons cru utile de les indiquer, parce que la plupart des législations étrangères, au lieu de procéder comme le code hollandais, ont repoussé purement et simplement le système de notre loi (1).

Le code civil hollandais de 1838 n'admet pas le divorce par consentement mutuel; mais le divorce peut être provoqué après cinq ans de séparation de corps non suivie de réconciliation (art. 255) (2). Or la séparation de corps étant permise par consentement mutuel, il

(1) Relevons encore deux particularités du code civil hollandais : le mariage peut avoir lieu par procureur avec la permission du roi (art. 134); l'adultère est un empêchement de mariage entre l'époux coupable et son complice.

(2) Voyez sur le divorce les art. 262 et suiv. de ce code.

résulte de là qu'on peut arriver, par ce moyen, indirectement au divorce sans causes déterminées.

Les causes de divorce sont les mêmes que dans notre code civil. Toutefois, le code hollandais ne distingue pas entre l'adultère du mari et celui de la femme (art. 264). De plus, pour que les excès et sévices autorisent une demande en divorce, il faut qu'ils aient mis en péril la vie de l'autre époux ou aient entraîné des blessures dangereuses (art. 264). Enfin le code hollandais ajoute à notre loi une autre cause de divorce, l'abandon malicieux d'un époux par l'autre pendant cinq ans au moins (art. 264 et 266). L'action en divorce pour abandon malicieux doit être intentée devant le juge du dernier domicile commun des époux lors de l'abandon; le divorce n'est prononcé qu'autant que l'époux défendeur a persévéré plusieurs fois dans le refus de se réunir à l'autre (art. 266). L'action en divorce pour abandon malicieux tombe si l'époux coupable revient au domicile conjugal avant que le divorce ait été prononcé. Mais, en cas de nouvel abandon, l'autre époux n'est obligé d'attendre que six mois pour demander le divorce, et le retour de l'absent n'éteindrait plus l'action (art. 273). Lorsque le jugement prononçant le divorce n'a pas été inscrit à la requête des deux parties ou d'une d'elles sur le registre de l'état civil de leur domicile, dans les six mois à compter du jour où l'appel a été formé, il est considéré comme nul et non avenu, et le divorce ne peut plus être demandé que pour une cause nouvelle (art. 276).

L'époux qui a obtenu le divorce conserve ses droits de survie (art. 279). Les pensions promises dans le contrat de mariage par des tiers continuent à être servies à l'époux divorcé au profit duquel elles ont été stipulées.

Les autres dispositions de la loi hollandaise sur le divorce sont semblables à celles de notre code civil.

L'époux qui a droit au divorce peut, s'il le préfère, obtenir la séparation de corps qui s'instruit et se juge comme une action en divorce; mais il ne peut plus ensuite demander le divorce pour la même cause (art. 288, 289, 290). Le code hollandais permet, en outre, la séparation de corps, conventionnelle ; celle-ci doit toutefois être aussi prononcée par la justice sur la demande des deux époux, qui ne sont pas tenus de faire connaître leurs motifs. Cette séparation de corps conventionnelle ne peut pas être réclamée tant que le mariage n'a pas duré au moins deux ans. Les époux qui veulent y recourir doivent, au préalable, déterminer, par acte authentique, toutes les conditions de leur séparation, tant pour eux que pour leurs enfants. Avant de se prononcer, le tribunal fait comparaître en personne, à deux reprises, et à un intervalle de six mois au moins, les deux époux devant un ou plusieurs de ses membres. Il est également tenu d'entendre les ascendants des conjoints. C'est seulement après l'accomplissement de ces formalités que la séparation peut être prononcée. le ministère public entendu. Si le jugement rejette la demande, on a le droit d'appeler dans le mois (art. 291 à 297).

Toute séparation de corps entraîne séparation de biens (art. 311).

C. Allemagne (1).

Nous avons vu que les lois barbares permettaient le divorce avec une grande facilité. C'est seulement au douzième siècle que le divorce, sous l'influence de l'Eglise, a disparu de ces lois et à la suite d'une véritable violence exercée sur les mœurs; aussi a-t-il reparu à l'époque de la réforme au profit des protestants. La diète de Smal-

(1) Cpr. Hartitzsch. *Handbuch des in Deutschland geltenden Eherechts*. Leipsig, 1828. — Gitzler, *Handbuch des gemeinen und preussischen Eherechts*, Breslau, 1840. — Strippelmann, *das Ehescheidungsrecht nach gemeinem und besonders nach hessischem Rechte*, Cassel, 1854. — Dedekind, *Das protestantische Ehescheidungsrecht*. — Schulte, *Lehrbuch des katholischen Kirchenrechts nach dem Gemeinen und Particularrechte in Deutschland und Oesterreich*. — Stoetzel, *Deutsches Eheschliessungsrecht*. (Cet ouvrage contient un commentaire bien fait de la loi de 1875 et relève avec soin sous quels rapports cette loi a introduit l'unité). — Sicherer, *Uber Eherecht in Bayern*. — Kletke, *Das Gesetz uber die Formen der Eheschliessung*. — Sohm, *Das Recht der Eheschliessung, aus dem deutschen und canonischen Recht geschichtlich entwickelt*. — Weber, *Das staatliche Eherecht in Wurtemberg fur Gebildete dargestellt*. — Hauber, *Wurtembergisches Eherecht der Evangelischen*. — Blumenstengel, *Die Trauung im evangelischen Deutschlang nach Recht und Ritus dargestellt*. — Voyez aussi les articles suivants : *Exposé de la Législation relative au mariage en Prusse*, par Gonse; *Bulletin de la Société de Législation comparée*, mars 1872, p. 114. — *Dissertation sur la loi du divorce en Prusse*, dans la Revue de Wolowski, XXI, p. 385. — Heinzerling, *Die Scheidung von Tisch und Bett der Protestanten*. Archiv fur civil Praxis, 1873, p. 239 et suiv. — Friedberg, *Geschichte der Civilehe*, broch. de 40 pages, Berlin, 1878. — De Neyremand, *Du divorce dans la législation prussienne*, dans la France judiciaire, juillet 1879. — Le commentaire le plus complet de la loi de 1875 est l'ouvrage de Sicherer, *Beurkundung des Personenstandes und Eheschliessung*, Erlangen, 1879.

calde (1537) se borna à proclamer le rétablissement du divorce sans le réglementer; mais il fut admis qu'il serait autorisé seulement dans les limites posées par les Ecritures. On ne fit aucune difficulté pour repousser le divorce par consentement mutuel ou pour cause d'incompatibilité d'humeur ou d'infortune, seulement les théologiens ne purent s'accorder lorsqu'il fallut trancher la question de savoir dans quels cas le divorce était permis d'après l'Evangile. Les uns pensaient que le divorce supposait l'adultère ou l'abandon ; d'autres voulaient qu'il fût autorisé sur une plus large échelle, et ils disaient qu'en parlant de l'adultère de la femme, l'Evangile avait voulu indiquer le cas le plus fréquent, sans exclure les autres qui présenteraient le même degré de gravité. C'est cette dernière doctrine qui l'a emporté et qui a passé en Allemagne dans les lois et dans la pratique judiciaire.

D'après l'opinion dominante des jurisconsultes et des théologiens, le divorce est encore autorisé pour abandon, sévices, injures, condamnation à une peine infamante. Ces principes ont été consacrés par la plupart des lois civiles propres *(Landrecht)* aux différents pays de l'Allemagne. Il en est même où le prince a le droit d'accorder le divorce pour des motifs graves qui ne rentrent cependant pas dans les causes ordinaires (Hesse, Schleswig-Holstein, Mecklembourg, Brunswick, Weimar, Cobourg-Gotha, Meiningen et Anhalt). Le droit commun allemand s'est tenu à une énumération assez limitée des cas de divorce ; mais sous l'influence des doctrines philosophiques de l'époque où il fut promulgué, le *Landrecht* prussien ouvrit une large porte au divorce et le permit dans un grand nombre de cas. On peut dire que de toutes les lois de l'Europe, le Landrecht

prussien est celle qui relâche le plus les liens du mariage. Aussi les dispositions de cette loi ont-elles été plus d'une fois attaquées, même par les théologiens dont les doctrines sont les plus faciles. Vers 1830 certains pasteurs ne se bornèrent plus à protester par leurs doctrines contre les dispositions de la loi civile, ils refusèrent le mariage aux époux divorcés toutes les fois que la dissolution du mariage n'était pas permise par le droit canon protestant. Les pasteurs furent soutenus dans leur résistance par les consistoires, et un ordre de cabinet du roi défendit même, en 1846, de les inquiéter pour ce motif. Aussi le refus de la bénédiction nuptiale devint de plus en plus fréquent, dans ces circonstances, jusqu'en 1855. A cette dernière époque, et après le rejet d'un projet de loi qui devait modifier la loi civile sur le mariage, des ordres de cabinet décidèrent que les consistoires en première instance et le conseil supérieur en dernier ressort statueraient, en cas de difficulté, sur les demandes des époux divorcés qui voudraient se remarier. En fait, ces juridictions ecclésiastiques ont toujours appliqué le droit canonique des protestants, et ainsi s'est perpétué entre la loi civile et la loi religieuse un conflit qui a duré jusqu'à l'introduction du mariage civil dans l'empire d'Allemagne.

Telle était la loi des protestants. Quant aux époux catholiques, les lois spéciales des différents pays et le droit commun allemand les ont presque toujours laissés sous l'empire de leur doctrine religieuse. On permettait aux catholiques de dissoudre leur mariage avec dispense du pape tant qu'il n'y avait pas eu *copula carnalis* ou si l'un d'eux voulait entrer dans la vie monastique (1). Dans les autres cas, la loi canonique

(1) La dissolution du mariage entre époux non chrétiens pouvait

n'autorisait qu'une séparation *a thoro et mensa;* il fallait demander cette séparation aux tribunaux ecclésiastiques, qui statuaient suivant les formes de la procédure canonique. La séparation pouvait être prononcée à perpétuité ou à temps. La première n'était, en général, accordée qu'en cas d'adultère ou de crime contre nature, et encore fallait-il que le demandeur ne se fût pas rendu coupable de faits semblables et n'eût pas pardonné la faute d'une manière expresse ou tacite (par exemple, en continuant de cohabiter après la connaissance du fait). Cette séparation de corps perpétuelle existait au profit des catholiques en Bavière, Wurtemberg, Saxe, Hanovre. Le code badois (art. 300 à 311) permettait également à l'une des parties de demander la séparation de corps.

La séparation temporaire pouvait être obtenue pour fait rendant la vie commune insupportable et aussi pour torts graves, sévices, injures, *maliciosa desertio*, refus injurieux des devoirs conjugaux, abjuration de la religion, mais non pour aliénation mentale ni pour une maladie quelconque, quelque répugnante ou dangereuse qu'elle fût. La séparation temporaire était prononcée pour un temps limité ou pour une époque indéterminée, suivant que sa cause pouvait ou non s'effacer ou disparaître par le temps. Mais quand la séparation était temporaire, le droit d'y mettre fin, même avant l'époque fixée, n'appartenait qu'à l'époux innocent, jamais à l'époux coupable, qui devait toujours être à la disposition de l'autre.

aussi être demandée lorsque l'un des conjoints se convertissait au christianisme et que l'autre ne voulait pas continuer la cohabitation sans l'obliger à manquer aux devoirs de sa nouvelle foi religieuse.

Le juge ecclésiastique avait aussi le droit et le devoir de s'occuper des intérêts pécuniaires des époux; s'agissait-il d'une séparation perpétuelle, il déterminait le régime des biens; la séparation était-elle temporaire, il statuait seulement sur la dette alimentaire.

Certains pays protestants admettaient aussi, outre le divorce, la séparation de corps même pour les protestants (Hesse, Schleswig, Holstein, Saxe).

Pour les mariages mixtes et dans les pays où la loi civile était muette, on appliquait le droit canonique de l'époux défendeur. Celui-ci était-il protestant, on prononçait le divorce, qui valait comme séparation de corps perpétuelle pour le conjoint catholique ; le défendeur était-il catholique, la séparation de corps valait comme divorce pour l'époux demandeur. Certaines lois civiles, par exemple, celle de Saxe, s'étaient approprié ces dispositions.

La même loi qui a établi le mariage civil en Allemagne a profondément modifié ce système. Elle a supprimé la séparation de corps perpétuelle, pour ne conserver à l'égard de tous, sans distinction de religion, que le divorce et la séparation temporaire. C'est ici le lieu de nous arrêter à cette législation nouvelle, qui a si gravement modifié le mariage en Allemagne et définitivement consacré la sécularisation du droit.

Cette importante révolution se préparait depuis longtemps ; elle est la conséquence naturelle et logique de la tendance, chez la plupart des Etats modernes, à séparer, de la façon la plus complète, le pouvoir temporel et le pouvoir spirituel. Il est toutefois fâcheux que cette loi ait été faite au milieu d'une véritable persécution dirigée par la Prusse contre l'Eglise catholique ; elle est ainsi devenue une arme de guerre. Aussi l'a-t-on votée

avec une certaine précipitation, en omettant de statuer sur des points essentiels, et il est même dans cette loi telle disposition de nature à froisser la conscience des catholiques, comme l'abolition de la séparation de corps perpétuelle, qui n'y aurait pas pris place dans des temps plus calmes et à la suite de délibérations mieux réfléchies.

Certes nous comprenons le maintien du divorce dans la loi nouvelle; il était dans le vœu de la grande majorité de la nation. Les Allemands ont toujours éprouvé une sorte de répulsion pour la séparation de corps; ils l'expliquent par leur aversion pour le célibat. Or, à leur avis, la séparation de corps établit une sorte de célibat forcé pour les époux, tandis que le divorce permet de remplacer le mariage dissous par un autre. C'est seulement en Bavière que, sous l'influence d'idées religieuses, le divorce était vu avec défaveur. Mais enfin n'aurait-on pas dû tenir compte de cette aversion et donner satisfaction aux vœux des Bavarois, qui sont relativement nombreux dans l'empire d'Allemagne?

Depuis longtemps déjà, le mariage civil était envisagé par les jurisconsultes allemands comme la conséquence nécessaire des rapports modernes de l'Eglise et de l'Etat. La liberté de conscience exige que les personnes appartenant à un culte non reconnu puissent contracter mariage sans être obligées de s'adresser à un ministre d'un culte reconnu; de là la nécessité d'admettre le mariage civil (1). C'est par ce côté restreint, si l'on peut parler ainsi, que le mariage civil est entré en Allemagne. Il avait bien été introduit par la domination française dans certaines parties de l'Allemagne,

(1) Voy. notamment Bluntschli, *Deutsches Privatrecht*.

notamment dans la Prusse rhénane (1), et il y est resté, mais il ne s'était pas ensuite étendu à d'autres contrées. Le *Landrecht* prussien (2e partie, titre 1er, art. 137) portait que les mariages des personnes appartenant à une religion ou confession non reconnue par l'Etat se feraient librement d'après leurs règles propres. Cette disposition ayant paru insuffisante, plusieurs lois établirent, dans toute l'étendue de la monarchie prussienne, le mariage civil : pour les juifs (2) (loi du 23 juillet 1847); pour les personnes appartenant à une religion dont les ministres n'avaient pas reçu de l'Etat pouvoir de célébrer des unions produisant des effets civils; pour ceux qui professaient un culte non reconnu par l'Etat (ordonnance du 13 mars 1847).

Le mariage civil à l'usage des dissidents non reconnus fut aussi admis dans certaines autres parties de l'Allemagne (Hanovre, Hesse électorale, Nassau). En 1848, le parti révolutionnaire inscrivit le mariage civil, obligatoire pour tous, dans un des articles de sa constitution du 27 décembre. La question du mariage civil s'endormit ensuite pour vingt ans. Elle fut reprise par la diète de l'Allemagne du Nord, qui, en 1867 et en 1868, invita le chancelier de la Confédération à présenter un

(1) Il existait aussi dans l'ancienne ville libre de Francfort.

(2) On sait que les juifs ont été soumis dans la plupart des pays de l'Europe à un régime exceptionnel jusqu'à notre époque. C'est seulement dans ces dernières années qu'ils sont peu à peu arrivés à l'égalité civile et politique. La manufacture royale de porcelaine de Berlin fondée en 1761 par le banquier Ernest Gotzkowsky ayant été achevée par le roi Frédéric II deux ans plus tard, ce monarque inaugura un moyen original pour l'écoulement des produits de sa manufacture. A cette époque, les juifs ne pouvaient pas se marier sans la permission du roi; Frédéric II n'accorda de permission qu'à la condition que les pétitionnaires achèteraient à la manufacture de Berlin une quantité de porcelaine, inscrite de la main même du roi en marge de la requête, selon la condition des futurs époux.

projet de loi (1). En août 1869, le congrès des jurisconsultes réuni à Heidelberg prit la résolution suivante :

« Le mariage civil doit être regardé comme la seule forme de mariage possible dans les rapports actuels de l'Eglise et de l'Etat en Allemagne. Tous les obstacles au mariage résultant des différences de confession tombent avec l'introduction du mariage civil. » On critiquait surtout l'obligation où se trouvaient les dissidents non reconnus de s'adresser, dans certaines parties de l'Allemagne (par exemple dans le Schleswig-Holstein cédé à la Prusse, en Bavière, dans la principauté de Hohenzollern) aux ministres de l'un des cultes reconnus : l'Etat doit offrir à tous une forme de mariage qui n'impose aucune contrainte, ni à la conscience des époux, ni à celle du fonctionnaire qui célèbre le mariage. Ce fut la Prusse qui prit l'initiative.

La loi sur le mariage civil en Prusse rentre parmi les mesures que l'Etat s'est cru en droit de diriger contre l'Eglise et la papauté. Ces mesures spéciales ont bientôt été suivies de lois d'un caractère autrement grave. Ce n'est pas ici le lieu d'exposer la lutte engagée entre la papauté et l'empire d'Allemagne; mais il faut montrer

(1) Déjà une loi du 3 août 1854 avait autorisé les consuls prussiens à célébrer les mariages et à tenir les registres de l'état civil des Prussiens habitant l'étranger et hors d'Europe, mais à la double condition qu'il fût impossible de trouver dans la localité un ministre du culte évangélique et que les époux prissent l'engagement de faire plus tard bénir leur union. Une loi du 4 mai 1870, faite pour la confédération de l'Allemagne du Nord, alla plus loin; elle permit d'une manière absolue à tous les Allemands à l'étranger, même dans les pays d'Europe, de s'adresser au consul de la localité pour leurs actes de l'état civil, notamment pour la célébration du mariage, sans exiger la promesse d'une union postérieure. (Voyez cette loi dans l'*Annuaire de la Société de législation comparée*, 1872, p. 75.) Cette loi a été mise en vigueur dans tout l'empire d'Allemagne par l'art. 75 de la constitution organique de l'empire.

comment les lois sur le mariage civil se rattachent à cette lutte, et surtout établir que cette loi s'est retournée contre ceux qui l'avaient votée.

Le point de départ de toute la politique allemande, c'est le droit de légitime défense; sous ce prétexte, l'Allemagne attaque tout ce qui s'oppose à ses projets de domination. L'Eglise ayant donc déclaré la guerre à la Prusse, surtout par le dogme de l'infaillibilité, la Prusse s'est mise en devoir de se défendre ; c'est dans ce but que le gouvernement prussien a pris une série de mesures énergiques : loi du 11 mars 1871, enlevant aux ministres de la religion l'inspection des écoles, et décidant que les inspecteurs seront à l'avenir nommés par l'Etat (1); ordonnance du 8 juillet 1871, supprimant la division catholique au ministère des cultes ; puis sont venues les fameuses lois de mai 1873, connues aussi sous le nom de lois confessionnelles. Une loi du 11 mai 1873 détermine l'éducation des ecclésiastiques, les conditions de leur profession et leur mode de nomination. Elle exige que celui qui veut être prêtre catholique fasse ses études dans un gymnase, suive pendant trois ans les cours de théologie dans une université allemande, et enfin subisse un examen d'état ; pendant ces études, il est interdit au jeune homme d'être attaché à un séminaire; l'instruction dans les séminaires ne peut équivaloir à celle des gymnases et des universités qu'avec l'autorisation et l'agrément du ministre ; tous les séminaires sont d'ailleurs placés sous la surveillance directe de l'Etat, qui règle la discipline, dresse les plans d'étude, nomme des commissaires, etc.; les professeurs

(1) Voyez l'*Annuaire de la Société de législation comparée*, 1873.

des séminaires doivent réunir les conditions prescrites par la loi et être agréés par l'Etat ; quant aux séminaires d'enfants, ils sont interdits. Le but de cette disposition est facile à saisir, surtout pour qui connaît les tendances de l'enseignement dans les universités allemandes : empêcher le recrutement des prêtres catholiques, faire fermer les grands séminaires, mettre l'Eglise dans la main et sous la dépendance de l'Etat. Cette même loi oblige les supérieurs ecclésiastiques, c'est-à-dire les évêques, à ne nommer aux emplois ecclésiastiques de leur diocèse, par exemple aux cures des paroisses, qu'avec le consentement du président de la province ; celui-ci a le droit d'opposition dans certains cas, mais il peut être interjeté appel contre son opposition, et l'appel est porté à la Cour ecclésiastique (1) dont la décision est définitive. Cette Cour ecclésiastique a été organisée par une loi du 12 mai 1873 qui réglemente en même temps le pouvoir disciplinaire ecclésiastique. Cette loi a été complétée par une autre du lendemain. Enfin, une dernière loi du 12 mai a réglé et facilité la sortie de l'Eglise (2).

Quant à la nouvelle loi sur le mariage civil, il résulte des discours du ministre des cultes, des circonstances, que cette loi a été, avant tout, une arme de guerre contre le catholicisme. On voulut faciliter le schisme des vieux catholiques. « La création de paroisses de vieux catholiques ne fait que commencer, disait le mi-

(1) Il ne faudrait pas croire que cette cour, créée par le pouvoir temporel, se compose de membres du clergé.

(2) Ces lois ont été réunies dans une brochure qui a paru à Berlin (Van Muyden) et à Paris (Fischbacher), sous le titre : *Nouvelle législation prussienne règlant les rapports de l'Etat et de l'Eglise.* Cette brochure contient une foule de documents, notamment des rapports du ministre des cultes et des discours de M. de Bismark.

nistre Falck à propos de la nouvelle loi prussienne, et ne peut avoir lieu que peu à peu : en sorte qu'il y aura beaucoup de vieux catholiques à l'égard desquels le gouvernement considère comme de son devoir de prendre des mesures pour assurer leur état civil et leur donner une forme de mariage qui ne les oblige pas, contrairement à leurs convictions, à sortir de l'Eglise. » On a aussi prévu la résistance des évêques et des prêtres catholiques aux mesures qui tendent à les isoler de Rome et à les faire dépendre directement du roi de Prusse. « La conduite des évêques vis-à-vis de l'Etat, disait encore le ministre Falck dans son discours (il aurait été plus exact de dire : la conduite de l'Etat vis-à-vis des évêques), nécessite impérieusement, par des raisons pratiques, l'introduction du mariage civil obligatoire. Les ecclésiastiques illégalement nommés à leurs emplois (et ils le seront ainsi toutes les fois que l'Etat n'aura pas pris part à leur nomination), ne peuvent pas faire valablement les actes de la vie civile. Une grande partie de la population catholique serait donc amenée à contracter des mariages nuls : de là, les plus graves inconvénients et les plus grands embarras pour une partie notable de la population, la grande masse étant incapable de distinguer si l'ecclésiastique envoyé par l'évêque a été reconnu par l'Etat. » Enfin, le ministre a invoqué le droit de l'Etat de séculariser le mariage comme conséquence de sa souveraineté et de son indépendance. « Bien que, depuis des siècles, la conclusion du mariage soit liée à la bénédiction religieuse, qui trouve dans le point de vue moral de l'union conjugale sa raison d'être naturelle et sa complète légitimité, cependant la propriété dont jouit le mariage religieux de produire des effets civils repose unique-

ment sur la législation de l'Etat, en tant que l'Etat, et non pas l'Eglise, est le créateur et le soutien de l'ordre légal. Le mariage, comme acte juridique, est une institution de l'Etat que celui-ci est en droit de changer, même sans le consentement de l'Eglise... La plupart des conflits entre l'Etat et l'Eglise qui se rapportent à la conclusion du mariage et à l'établissement de l'état civil, ont au fond leur cause dans la prétention de l'Eglise d'exercer le pouvoir qui lui a été conféré par l'Etat comme s'il lui appartenait en propre. » Ces dernières observations sont fort justes : nous avons assisté en France à ces querelles entre les canonistes et les jurisconsultes, et nous avons déjà vu que nos anciens légistes avaient fait valoir ces dernières raisons pour revendiquer les droits de l'Etat dont ils s'étaient constitués les défenseurs contre l'Eglise.

A la crainte exprimée par certaines personnes que le mariage civil ne fût une cause de démoralisation et une atteinte à la dignité de l'union conjugale, le ministre a répondu que le mariage civil n'exclut pas l'union religieuse ; que le mariage civil existe depuis longtemps dans les provinces rhénanes où il n'a produit aucun mauvais effet; que, sauf exception pour la ville de Francfort, le nombre des mariages non suivis de la bénédiction nuptiale est fort restreint : ainsi, dans le ressort de la cour de Cologne, sur 66,148 mariages civils célébrés pendant les années 1869, 1870, 1871, 387 seulement n'ont pas été accompagnés de la bénédiction religieuse ; dans le Palatinat rhénan, 15,009 mariages civils ont eu lieu pendant les mêmes années ; 108 seulement n'ont pas été célébrés, en outre, à l'église.

Sur ces observations du ministre et après une dis-

cussion assez rapide, la chambre des seigneurs et celle des députés de Prusse ont voté une loi enlevant aux ministres des différents cultes la tenue des registres de l'état civil et sécularisant le mariage. La chambre des seigneurs, qui avait repoussé le projet du mariage civil quelques années auparavant, s'est, comme un docile sénat, par divers amendements, montrée plus rigoureuse que la commission. Ainsi, la commission voulait que le gouvernement pût conférer la qualité d'officier de l'état civil aux ministres du culte; la chambre des seigneurs a proposé un amendement qui a passé dans la loi, aux termes duquel les ministres des cultes sont incapables de remplir ces fonctions.

La loi a été promulguée par le roi, le 9 mars 1874, pour toute l'étendue de la monarchie prussienne (excepté le ressort de la cour de Cologne et le territoire de l'ancienne ville libre de Francfort, où le mariage civil existait déjà). Cette loi a ouvert en Prusse une ère nouvelle; elle a implicitement abrogé toutes les dispositions des lois antérieures qui sont en contradiction avec la sécularisation du droit, par exemple, la loi qui défend le mariage pour différence de religion (art. 1er du titre Ier de la 2e partie du Landrecht), celle qui rend le baptême obligatoire (§ 31 de l'annexe à l'art. 446). Le mariage civil doit, comme chez nous, précéder le mariage religieux; le ministre d'un culte qui célébrerait une union religieuse, sans se faire présenter la preuve de l'existence du mariage civil, encourrait une amende pouvant s'élever à 100 thalers ou un emprisonnement de trois mois au plus. Il serait sans intérêt d'examiner plus longtemps comment cette loi prussienne a organisé le mariage civil et les autres actes de l'état civil, car cette loi n'aura eu qu'une exis-

tence éphémère ; elle a été abrogée et remplacée par une loi d'empire, une loi du Reichstag, qui applique à toute l'Allemagne la sécularisation des actes de l'état civil (1). Déjà précédemment, les députés Volk et Hinschius avaient demandé l'adoption du mariage civil pour toute l'Allemagne, ainsi que la sécularisation complète des actes de l'état civil. La commission chargée d'examiner cette motion a déclaré que ces deux mesures sont, en effet, d'impérieux besoins pour l'empire.

Le projet de loi sur les actes de l'état civil et sur le mariage a rencontré une vive résistance de la part des catholiques, surtout de ceux qui appartiennent à la Bavière. A la séance du 12 janvier 1875, M. Zorg, député bavarois a combattu le projet dans un éloquent discours. « Ce n'est pas sans raison, a-t-il dit, qu'on a affirmé que le projet actuel devrait s'appeler projet relatif à l'introduction du mariage civil obligatoire en Bavière. Cette question a déjà été agitée au sein du parlement bavarois et la majorité libérale de cette chambre a repoussé le mariage civil comme ne répondant pas aux nécessités du temps présent. On a reconnu que cette innovation n'était compatible, ni avec le tempérament, ni avec les sentiments religieux de la nation bavaroise. A quel titre peut-on donc imposer aujourd'hui à la nation bavaroise un régime que sa conscience repousse? Nous demandons que l'on renonce à mettre sous le joug un parti considérable, que dis-je? la nation bavaroise toute entière! Le projet en discussion ne blesse pas seulement le sentiment religieux des catholiques bavarois ;

(1) La loi prussienne sur les actes de l'état civil et la forme du mariage a été commentée par Hinschius, professeur à l'Université de Berlin (*Das preussische Gesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Form des Eheschliessung von 9 Mærz 1874*).

il blesse aussi la conscience des protestants. Une telle entreprise ne peut être tentée que par les partisans d'un régime autoritaire et despotique; mais elle est incompatible avec les principes du droit et de la liberté. Désespérant d'obtenir en cette matière l'adhésion de la nation bavaroise, on s'est adressé à l'empire. Mais on ne saurait oublier que le droit matrimonial est un des droits réservés de la Bavière, et que rien ne pourra être fait sans l'assentiment du parlement bavarois. »

On l'a cependant oublié, et l'on s'est dispensé de consulter le parlement bavarois. La loi a été votée à une grande majorité et l'empereur l'a promulguée le 6 février 1875.

Cette loi, applicable dans toute l'Allemagne, emprunte un grand nombre de ses dispositions à la loi prussienne sur le même sujet; il suffit de comparer les deux textes pour se convaincre que le Parlement allemand a simplement étendu à toute l'Allemagne la loi votée l'année prcédente par les chambres prussiennes.

La loi du 6 février 1875 se divise en huit titres. Le premier est consacré à des dispositions générales sur l'organisation des actes de l'état civil et sur la tenue des registres; il déclare les ministres des différents cultes incapables de remplir les fonctions d'officiers de l'état civil. Le titre second est consacré aux actes de naissance; le troisième, aux conditions du mariage; le quatrième, aux formes de l'acte du mariage; le cinquième, aux actes de décès; le sixième, aux actes de l'état civil des personnes qui se trouvent en mer; le septième, à la rectification des actes de l'état civil; le huitième renferme des règles générales. Les plus importantes de ces dispositions sont celles qui se réfèrent au mariage. Nous croyons utile de sortir de notre

cadre ordinaire pour les faire connaître sommairement.

Jusqu'alors le mariage était, le plus souvent, précédé de fiançailles contractées, suivant certaines formes solennelles, devant la famille assemblée ou le ministre du culte ou le juge ou le notaire. Elles créaient entre les deux familles un lien étroit et produisaient d'importants effets : celui qui reprenait sa parole sans motifs sérieux pouvait être condamné à abandonner les présents qu'il avait faits ou même à payer des dommages-intérêts (Landrecht prussien, 2e part., titre Ier, art. 91 et suiv.) ; les enfants conçus après les fiançailles et nés avant le mariage *(Brautkinder)* étaient, en général, assimilés aux enfants légitimes, et le code saxon allait même jusqu'à considérer comme légitimes les enfants conçus avant les fiançailles et nés depuis (art. 1578). Ces principes, anciens restes du droit germanique, favorisent singulièrement l'immoralité. La loi nouvelle a-t-elle abrogé tout ce qui concerne les fiançailles ? Sur ce point comme sur beaucoup d'autres, elle est d'un laconisme qui s'explique par la précipitation avec laquelle elle a été votée. Cependant il y a une disposition qui s'occupe des fiançailles : l'article 76 nous dit que les procès relatifs aux fiançailles sont de la compétence exclusive des tribunaux civils. Les fiançailles existent donc encore et sont régies par les lois locales antérieures (ainsi le Landrecht prussien leur consacre un grand nombre d'articles) ; mais elles ne relèveront plus sous aucun rapport des autorités spirituelles. A cet égard, le législateur allemand n'a pas suivi l'exemple des autres législateurs modernes, qui, le plus souvent, en sécularisant le mariage, suppriment les fiançailles et vont même parfois jusqu'à refuser tout effet aux promesses de mariage.

Les conditions du mariage sont celles que l'on retrouve dans la plupart des législations. Il faut, avant tout, le consentement des futurs époux et l'âge requis par la loi (art. 28). Cet âge est fixé, sauf dispense, à 20 ans pour l'homme et à 16 ans pour la femme. La tendance des législations modernes est d'exiger un âge un peu plus élevé que celui de la puberté ou de la nubilité, à la différence du droit romain et du droit canonique. Cet âge variait d'ailleurs assez sensiblement en Allemagne, suivant les pays, avant la loi actuelle. En Saxe, il fallait 21 ans pour l'homme et 16 ans pour la femme (art. 1589); en Prusse, 18 ans ou 14 ans (Landrecht, 2e part., tit. 1er, art. 37; loi du 11 déc. 1872); à Baden, 18 ou 14 ans; en Wurtemberg, 22 ans pour les hommes, etc.

Sous un autre rapport, les législations modernes s'écartent d'une manière plus grave encore du droit canonique; elles exigent le consentement des parents jusqu'à un certain âge, d'abord dans l'intérêt même des futurs époux, ensuite et aussi parce que le mariage est un acte qui intéresse la famille tout entière; seulement le défaut de consentement des parents produit des conséquences plus ou moins graves, suivant les pays. En Allemagne, la législation est, en général, moins rigoureuse que notre code; le défaut de consentement du père ou de la mère n'entraîne jamais nullité du mariage; il est seulement une juste cause d'exhérédation.

Quant à la théorie des actes respectueux, elle a été critiquée partout à l'étranger : les nouveaux codes civils ne l'admettent pas, et, dès 1815, les articles 151 et 155 de notre code ont été abrogés dans la Prusse rhénane. On a dit que ces actes sont, au contraire, tout à fait irrespectueux, et qu'ils aigrissent les rapports entre

les parents et les enfants, sans empêcher aucun mariage. Ces critiques sont cependant exagérées ; sans doute, celui qui se décide à recourir à ce moyen va jusqu'au bout et se marie contre le gré de ses parents ; mais précisément, comme l'acte est irrespectueux, plus d'un enfant éprouvera une naturelle répugnance à le signifier et s'abstiendra d'un mariage qu'il aurait contracté s'il n'avait pas rencontré cet obstacle que sa piété filiale ne lui permet pas de franchir.

Quoi qu'il en soit, la loi de l'empire d'Allemagne n'admet pas les actes respectueux. Elle exige, pour les enfants légitimes, le consentement du père jusqu'à l'âge de 25 ou 24 ans, suivant qu'il s'agit de fils ou de filles : le consentement de la mère n'est demandé qu'en cas de décès du père, et si l'enfant est mineur, il ne suffit pas, il faut encore celui du tuteur. Arrivé à sa majorité (une loi du 15 décembre 1874 (1) la fixe à 21 ans pour toute l'Allemagne), l'enfant peut attaquer le refus de son père et passer outre avec l'autorisation de la justice (art. 29 et 32).

On applique aux enfants naturels les mêmes principes qu'aux enfants légitimes qui ont perdu leur père (art. 30).

Quand le père et la mère sont décédés (et au décès il faut assimiler le cas où les parents sont hors d'état de faire connaître leur volonté, comme celui où l'on ignore leur résidence), le majeur n'a besoin d'aucun consentement ; le mineur doit demander celui de son tuteur (art. 29). La loi, à la différence de notre Code civil, n'exige pas le consentement des aïeuls ou aïeules, et remplace celui du conseil de famille (art. 160 C. civ.)

(1) J'ai donné la traduction et l'explication de cette loi dans l'*Annuaire de la Société de législation comparée.*

par celui du tuteur. Toute personne, même un mineur, pouvant être donnée en adoption (à partir d'un certain âge cependant), la loi a dû se préoccuper du cas où cet adopté se marierait ; elle exige, pour l'enfant adoptif, le consentement de l'adoptant au lieu de celui du père naturel dans les parties de l'Allemagne où l'adoption confère la puissance paternelle (art. 31.)

L'existence d'un précédent mariage, la parenté même purement naturelle et l'alliance en ligne directe sont, comme dans toutes les législations, des empêchements de mariage ; mais la loi ajoute que l'alliance résulte aussi de l'union purement naturelle et qu'elle subsiste même après la dissolution du mariage qui l'a produite (art. 33). En ligne collatérale, l'alliance n'est pas un empêchement et la parenté ne s'oppose au mariage qu'entre frères et sœurs. Notre loi va plus loin, puisqu'elle défend, sauf dispense, le mariage même entre le beau-frère et la belle-sœur, l'oncle et la nièce, la tante et le neveu (art. 162, 163, 164 C. civ.) Déjà autrefois, le Landrecht prussien n'interdisait le mariage en ligne collatérale qu'entre frère et sœur ; mais il le prohibait aussi entre beau-frère et belle-sœur. D'autres législations allemandes étaient plus rigoureuses et, par exemple, le code saxon interdisait le mariage en ligne collatérale jusqu'au degré de cousin germain inclusivement.

L'adoption n'est un empêchement qu'entre l'adoptant et l'adopté (art. 39) ; chez nous, l'empêchement atteint plus de personnes (art. 348 C. civ.)

Une femme ne peut pas se remarier immédiatement après la dissolution ou l'annulation de son précédent mariage : il faut qu'elle attende dix mois ; mais la loi allemande permet de lever l'obstacle par une dispense

(art. 35). Le Landrecht prussien autorisait de plein droit la femme enceinte à se remarier immédiatement après l'accouchement, mais il imposait aussi au veuf l'observation d'un délai de six mois (2e partie, tit. 1er, art. 19 à 24).

Enfin il y a des empêchements que nous ne retrouvons pas dans notre Code civil. L'époux coupable d'adultère ne peut pas, à moins de dispense, épouser son complice (art. 33). C'est la reproduction d'une disposition précédemment en vigueur sous l'empire de la plupart des législations allemandes antérieures (voyez notamment le Landrecht prussien, *loc. cit.*, art. 24 et suiv.) ; la même règle est consacrée par le code autrichien (art. 67). Déjà le droit canonique, observé dans un certain nombre de pays, avait prohibé le mariage entre les coupables d'adultère toutes les fois qu'ils s'étaient promis de s'unir en cas de décès de l'époux innocent et, même entre personnes qui, d'ailleurs en dehors de tout adultère, avaient tenté de donner la mort au conjoint innocent pour se marier ensuite ensemble.

La loi nouvelle emprunte aussi au Landrecht prussien l'empêchement prohibitif du mariage entre la pupille, d'une part, et le tuteur ou l'enfant du tuteur, d'autre part (art. 37).

Tels sont les seuls empêchements de mariage qu'elle consacre; elle supprime même formellement tous les autres qui avaient été jusqu'alors observés (art. 39 de la loi.) Il aurait peut-être fallu s'expliquer sur ce point d'une manière plus précise, et se demander si cette formule générale ne soulèverait pas des difficultés dans l'application. Ainsi il est bien certain que tous les empêchements, dirimants ou prohibitifs, qui avaient un

caractère religieux et étaient consacrés par le droit canonique ou par la loi religieuse protestante tombent : la parenté spirituelle résultant du baptême, les vœux solennels, l'entrée dans les ordres, le temps prohibé, comme le carême, la différence de confession entre chrétiens étaient des empêchements propres aux catholiques ; la différence de religion, les fiançailles étaient, au contraire, des empêchements de mariage aussi bien d'après la loi protestante que suivant le droit canonique (1). Il y avait aussi, d'après certaines lois spéciales, prohibition de mariage entre personnes de conditions sociales inégales ; par exemple, les hommes de la classe de la noblesse ne pouvaient se marier avec des femmes de l'état de paysan ou de petite bourgeoisie (2). On ne peut qu'approuver la suppression de ces dernières prohibitions ; quant à celles qui reposaient sur des motifs religieux, elles devaient disparaître par l'introduction du mariage civil (3). D'après le droit catholique, il y avait empêchement entre le ravisseur et la personne ravie, tant que celle-ci n'avait pas recouvré la liberté, suivant les prescriptions du concile de Trente ; au contraire, la plupart des lois protestantes et des lois civiles n'admettaient pas cet empêchement ou le faisaient rentrer soit dans la violence, soit dans le défaut de consentement des parents. C'est aujourd'hui cette dernière

(1) Le code saxon (art. 1617) et le Code autrichien (art. 64) ne permettent pas non plus le mariage entre chrétiens et non chrétiens.

(2) Cette prohibition était aussi consacrée par le *Landrecht* prussien, mais elle a été abrogée par une loi du 22 février 1869.

(3) On trouvera l'indication complète des différents empêchements de mariage qui existaient en Prusse avant la loi du 9 mars 1874, d'après les diverses législations en vigueur dans ce pays, dans la brochure des Hinschius, *Des preussische Gesetz uber die Beurkundung des Personenstandes und die Form der Eheschliessung*, Berlin, 1874.

solution qui paraît former la règle générale ; car, d'après la loi de 1875, il n'est pas dérogé aux lois spéciales relatives aux vices du consentement (art. 36). Il aurait cependant mieux valu s'expliquer sur ce point. Mais la loi est encore plus obscure et pourra soulever de véritables difficultés pour le cas d'impuissance. L'impuissance perpétuelle et inconnue de l'autre époux au moment du mariage était un empêchement de mariage d'après le droit canonique, d'après le droit des protestants et d'après la plupart des législations civiles de l'Allemagne. Le Landrecht prussien ne parlait pas toutefois de l'impuissance comme d'un empêchement spécial, parce qu'il la faisait rentrer parmi les causes de nullité résultant d'une erreur sur une qualité essentielle de la personne. Mais que décider depuis la promulgation de la loi actuelle? Dira-t-on que l'impuissance n'est plus un obstacle au mariage dans les pays où elle formait un empêchement propre et spécial, la loi nouvelle n'admettant pas l'existence d'empêchements dont elle ne parle pas? Qu'en Prusse, au contraire, l'impuissance autorise comme par le passé, à demander la nullité du mariage pour cause de vice de consentement, parce qu'il n'a pas été touché, sous ce dernier rapport, aux lois locales? Si cela est vrai, la loi nouvelle, au lieu d'introduire l'unité, fera naître la diversité, au moins sur ce point.

Avant la loi prussienne de 1874 et la loi d'empire de 1875, le mariage se contractait dans presque tous les pays de l'Allemagne en la forme religieuse. Pour les catholiques, on observait les dispositions du concile de Trente. Les protestants avaient longtemps admis les formes antérieures au concile de Trente, c'est-à-dire le mariage formé par le seul échange des consentements, sans que la bénédiction nuptiale, bien que conseillée,

fût nécessaire pour la formation du mariage, mais depuis les dix-septième et dix-huitième siècles, l'Eglise protestante avait aussi ordonné l'intervention du pasteur pour la formation du mariage. Dans différents pays, la loi civile avait ajouté quelques prescriptions aux règles professionnelles. Aujourd'hui la loi ne s'occupe plus du mariage religieux que pour le prohiber avant le mariage civil. Comme en France, le mariage civil est devenu obligatoire, et doit précéder la bénédiction nuptiale. Cette dernière disposition qui subordonne l'autorité spirituelle au pouvoir temporel, a été préférée au système du code civil italien, dans la crainte que certaines personnes ne s'en tiennent au mariage religieux par ignorance, par erreur ou pour toute autre cause. Tout ministre du culte qui procéderait à la célébration d'un mariage religieux, sans avoir exigé la preuve du mariage civil antérieur, serait passible d'une amende pouvant s'élever jusqu'à 300 marcs ou d'un emprisonnement de trois mois au plus (art. 41 et 67). Chez nous, ce délit est puni moins sévèrement que par la loi allemande la première fois, mais plus rigoureusement en cas de récidive (1).

Le mariage civil doit être précédé de certaines formalités ; mais celles-ci sont mieux organisées que chez nous, et, sous ce rapport, la loi allemande est plus complète que la nôtre. Notre loi impose deux publications (art. 166) ; la loi allemande pense avec raison qu'une seule suffit. Cette publication peut être faite par tout officier de l'état civil qui serait compétent pour célébrer le mariage (art. 44). En France, on ne peut jamais être dispensé de la première publication ; le procureur de la République dans l'arrondissement duquel le mariage

(1) Voyez articles 199 et 200 du Code pénal.

doit être célébré n'a le droit de dispenser que de la seconde publication (art. 169 C. civ.; art. 3 et 4 de l'arrêté du 20 prairial an XI), et, malgré cette dispense, il faut encore attendre l'expiration du délai dont parle l'article 64 avant de célébrer le mariage ; seulement ce délai court de la publication unique Cette exigence de la loi est fâcheuse ; il y a, comme nous l'avons dit, des circonstances exceptionnelles où le mariage ne peut avoir lieu qu'à la condition d'être célébré immédiatement, sans retard ; la loi française s'y oppose par ses lenteurs et ses formalités. En Allemagne, on peut être dispensé de toute publication, et même, en cas d'urgence, de maladie mortelle constatée par médecin, l'officier de l'état civil a le droit de célébrer le mariage de suite, sans attendre la dispense de publication (art. 50).

Notre loi exige que l'on remette avant le mariage certaines pièces à l'officier de l'état civil, actes de naissance des futurs époux ou actes de notoriété qui en tiennent lieu, actes de consentement des père et mère et autres personnes dont les futurs époux dépendent quant au mariage et qui ne peuvent pas assister à sa célébration, actes de main-levée d'opposition, certificats constatant qu'il n'y a pas eu d'oppositions notifiées (art. 68 et suiv.). La loi allemande prescrit aussi la présentation des actes de naissance des futurs époux et du consentement des père ou mère ; mais elle autorise l'officier de l'état civil à dispenser de la production de tout ou partie de ces pièces, si les faits qu'elles doivent établir lui sont personnellement connus ou peuvent être prouvés autrement et d'une manière certaine. Il peut aussi passer outre, malgré les irrégularités peu importantes de ces pièces, comme par exemple, sur les différences

d'orthographe dans les noms ou prénoms, si d'ailleurs l'identité des parties n'est pas douteuse. L'officier de l'état civil a toujours le droit de demander aux futurs époux l'affirmation sous serment de l'exactitude des faits qui ne lui paraissent pas suffisamment établis par les pièces produites ou par les autres moyens de preuve qu'on lui a présentés (art. 45). Chez nous, la moindre irrégularité peut être la cause de lenteurs regrettables.

La publication reste affichée pendant deux semaines ; la loi allemande a, comme en France la pratique, confondu et réuni la formalité de la publication avec l'apposition des affiches. La publication doit être renouvelée si le mariage n'est pas célébré dans les six mois (art. 51) ; l'article 65 de notre Code civil donne effet aux publications pendant un an.

Au jour fixé pour le mariage, celui-ci est célébré par l'officier de l'état civil : ce fonctionnaire demande à chacun des futurs s'il consent au mariage, et déclare ensuite les époux unis au nom de la loi (art. 52). Ces formalités montrent bien que la loi nouvelle défend le mariage par procureur ; la loi prussienne de 1874 avait eu le soin de dire que les futurs époux doivent se présenter en personne devant l'officier de l'état civil (1). Toutefois le mariage par procureur est encore permis aux membres des familles souveraines. La loi se contente de la présence de deux témoins ; chez nous il en faut quatre (art. 75 C. civ. ; — art. 52 de la loi allemande). Il n'est pas parlé de la lecture des dispositions concernant les droits et devoirs entre époux ; on chercherait en vain ces dispositions dans la loi nouvelle, qui ne s'est pas occupée des effets du mariage. Mais l'acte de ma-

(1) Telle était la disposition du *Landrecht* prussien.

riage doit (art. 54) indiquer la religion à laquelle appartiennent les futurs époux. C'est là une disposition bien étrange. Un législateur qui proclame la séparation de l'Eglise et de l'Etat et qui admet le principe de la liberté de conscience, n'a pas le droit de demander : Quelle religion professes-tu ?

Le mariage peut avoir lieu devant l'officier de l'état civil du domicile ou même de la simple résidence habituelle de l'un ou de l'autre des époux ; la loi n'exige même pas six mois de résidence, à la différence de la nôtre. En outre, le mariage célébré par un officier de l'état civil incompétent serait néanmoins valable, tandis que, d'après notre Code civil, il y aurait nullité. Enfin, il est toujours permis en Allemagne à l'officier compétent de déléguer pour le mariage celui d'une autre localité (art. 42 et 43 de la loi allemande. — Cpr. art. 74, 165, 191 de notre Code civil). Ces dispositions sont essentiellement favorables au mariage et n'en compromettent cependant pas la dignité.

Les causes de nullité du mariage sont, on l'aura remarqué, moins nombreuses dans la loi allemande que dans notre Code civil ; toutefois on y rencontre peut-être plus d'empêchements prohibitifs. L'incompétence de l'officier de l'état civil ne produit pas en Allemagne la nullité du mariage ; mais, malgré le silence de la loi sur ce point, il semble bien que le défaut de publicité vicierait le mariage pour inobservation d'une forme substantielle. D'un autre côté, la tutelle est entre certaines personnes un empêchement prohibitif que nous ne connaissons pas en droit français.

Quant aux autres conditions du mariage, consentement des époux, âge compétent, consentement du père, de la mère ou du tuteur jusqu'à un certain âge, quelles

sont celles qui sont prescrites à peine de nullité ? De même, l'empêchement résultant de la parenté ou de l'alliance au degré prohibé, celui que produit l'adoption, celui qui résulte de l'adultère, celui qui provient de l'existence d'un premier mariage, celui qui est relatif aux dix mois de viduité, produisent-ils nullité de mariage, et, s'il y a nullité, celle-ci est-elle absolue ou relative ? La loi s'est abstenue de se prononcer sur tous ces points : « Les conséquences, dit-elle, des unions contractées contrairement aux prohibitions des articles 21 à 25 sont fixées par les législations particulières. C'est également le droit local qui détermine les effets de la violence, de l'erreur et du dol. »

On voit que sur ce point l'unité de la législation n'est pas obtenue. La loi actuelle indique rigoureusement quels seront à l'avenir les empêchements de mariage ; ceux qu'elle ne consacre pas devront disparaître, et, sous ce rapport, les lois spéciales aux différents pays de l'Allemagne sont abrogées ; mais ces lois restent en vigueur sur le point de savoir quels sont parmi les empêchements maintenus ceux qui sont prohibitifs et ceux qui sont dirimants, et quels sont, parmi les empêchements dirimants, ceux qui produisent une nullité absolue et ceux qui donnent lieu seulement à une nullité relative. Le défaut d'âge, la parenté ou l'alliance au degré prohibé, l'existence d'un précédent mariage, l'adultère sont des empêchements dirimants dans toutes les législations de l'Allemagne. Mais le défaut de consentement du père ou de la mère est, dans certains pays, une cause de nullité, notamment dans ceux qui observent encore notre Code civil, tandis que dans les autres contrées le mariage est valable et autorise seulement l'exhérédation.

Pour les vices du consentement, la diversité des législations est encore plus accentuée : le droit canonique des catholiques décide, comme notre article 180, que l'erreur sur la personne autorise seule à demander la nullité du mariage ; le droit des protestants va plus loin, et reconnaît comme cause de nullité même l'erreur sur une qualité de la personne, toutes les fois que cette qualité est essentielle, de sorte que l'autre époux n'aurait certainement pas consenti au mariage s'il avait connu la vérité. (Par exemple, s'il avait ignoré une infirmité repoussante, l'aliénation mentale, une condamnation pour crime, le défaut de virginité, etc.) Ces deux législations sont généralement reproduites, l'une ou l'autre, par les lois civiles dans les pays où celles-ci ont réglementé le mariage : ainsi le Landrecht prussien consacre la doctrine du droit protestant (2e partie, titre Ier, art. 40).

La nouvelle loi d'empire, en supprimant la séparation de corps perpétuelle, n'a pas dit quelles seraient les causes du divorce ou de la séparation temporaire. Elle ne contient que deux dispositions relatives aux effets du divorce : l'une interdit aux femmes divorcées de se remarier, à moins d'une dispense, tant qu'il ne s'est pas écoulé dix mois depuis la dissolution de leur précédent mariage. L'autre défend le mariage entre l'époux coupable d'adultère et son complice ; mais cette prohibition n'est même pas spéciale au cas où il y a eu divorce, et elle peut toujours être levée par des dispenses. Dans le silence de la loi sur tous les autres points relatifs au divorce, on continuera à appliquer les législations locales (art. 77 et 78), sauf à transporter parfois au divorce ce que la loi disait de la séparation de corps. Sous ce rapport, comme on le voit, la législa-

tion est loin d'être arrivée à l'unité, et l'on ne comprendrait pas qu'une loi aussi peu soucieuse de cette unité ait défendu la séparation de corps sans régler le divorce, si l'on ne connaissait le but principal, qui est surtout de combattre les principes du droit canonique des catholiques.

Il est donc nécessaire de connaître les dispositions des différentes lois spéciales des États de l'Allemagne sur le divorce. Il n'est pas possible de les rapporter toutes en détail, nous nous exposerions à de fréquentes redites. Aussi nous bornerons nous à faire connaître, d'une manière complète, les dispositions du *Landrecht* prussien et celles du code civil saxon. Nous nous attacherons à ce code, parce qu'il est le plus récent et qu'il est aussi l'expression la plus exacte de l'esprit de la législation allemande sur le divorce. Les lois des autres pays de l'empire d'Allemagne ne s'écartent pas sensiblement de ce code, ni même les codes civils de la Suisse allemande qui étaient en vigueur avant la nouvelle loi fédérale. On peut donc considérer ce code saxon comme une sorte de type et, quand nous l'aurons étudié, il nous suffira de donner quelques notions sommaires sur le divorce dans les autres parties de l'Allemagne.

Le code saxon ne permet pas le divorce par consentement mutuel (art. 1711) ; il l'autorise seulement pour des causes déterminées ; mais ces causes sont assez nombreuses.

La plus fréquente, et celle qui arrête le législateur le plus longtemps, c'est l'adultère de l'un des deux époux. La loi repousse la distinction qui est faite chez nous entre l'adultère du mari et celui de la femme (art. 1713). Mais la tentative d'adultère et les relations résultant de l'erreur et de la violence, n'autorisent pas la demande en divorce (art. 1714 et 1715).

L'action en divorce ne peut être intentée par l'époux outragé qu'autant qu'il y a eu préalablement plainte de sa part et jugement au criminel, mais il n'est pas nécessaire que la juridiction de répression ait prononcé une condamnation pour que la preuve de l'adultère soit admise au civil (art. 1716). En outre, le préliminaire d'un procès criminel n'est pas imposé lorsque ce procès devient impossible, par exemple, si l'époux coupable a passé à l'étranger ou si le juge de répression refuse de poursuivre (art. 1717).

L'action en divorce pour adultère serait déclarée non recevable : si l'époux demandeur avait lui-même autorisé l'adultère de son conjoint; si l'époux innocent avait laissé écouler un an à partir du jour où il a connu le fait sans provoquer par sa plainte des poursuites criminelles; si l'adultère remontait à plus de quinze ans; si l'époux avait pardonné le fait d'une manière expresse ou tacite, et le pardon tacite résulterait notamment du silence qu'il aurait gardé pendant un an au moins à partir du jour où il a connu le fait, ou du consentement qu'il aurait donné à reprendre la vie conjugale, ou encore du retrait de sa plainte au criminel. Le pardon accordé sous condition ou avec réserve du droit d'agir en divorce est considéré comme donné purement et simplement, et, en conséquence, l'action en divorce doit être exclue. Toutefois, quand le rétablissement de la vie commune a été soumis à une condition, celle-ci est reconnue par la loi et si elle ne se réalise pas, le pardon est considéré comme non avenu (art. 1718 à 1722).

Les deux époux sont-ils coupables d'adultère, il y a compensation des torts, ni l'un ni l'autre ne peut demander le divorce. La loi saxonne entre dans des détails

curieux et parfois même bizarres sur cette compensation. Ainsi, le pardon exprès de la faute n'empêche la compensation des torts qu'à la condition de précéder l'action en divorce ; l'adultère couvert par la prescription peut néanmoins entrer en compensation. Il n'y a jamais lieu de rechercher si l'un des conjoints a commis plus de fois l'adultère que l'autre ; mais l'adultère qui a été une première fois admis en compensation, ne peut pas y entrer ensuite une seconde fois. Le pardon et la compensation des torts doivent être prononcés d'office lorsqu'ils résultent d'actes écrits (art. 1722 à 1728).

Les crimes contre nature, les relations avec des enfants de moins de douze ans et la bigamie sont assimilés à l'adultère comme causes de divorce (art. 1728) (1). L'abandon malicieux prolongé pendant un an, le refus du devoir conjugal ou celui de se soumettre à la vie commune sans motif légitime, autorisent l'époux offensé à demander le divorce ; mais l'action tomberait si l'époux coupable offrait de remplir ses devoirs avant qu'elle ait été intentée (art. 1731, 1732).

Lorsqu'il y a eu séparation de corps provisoire pour cause d'ivresse accoutumée, et si, après un an depuis l'expiration du délai de la séparation, l'habitude d'ivresse n'a pas cessé, l'autre conjoint peut demander le divorce (art. 1733). Tout attentat à la vie, tout acte commis méchamment et de nature à mettre l'existence en danger, commis par un époux sur l'autre, autorise

(1) Si, dans le cas de l'art. 1728, il a été commencé au criminel des poursuites d'office contre l'époux coupable et avant l'expiration du temps où il faut porter plainte pour adultère, alors le conjoint n'a pas besoin pour demander le divorce de déposer préalablement une plainte. On appliquerait les mêmes principes, si l'adultère avait été accompagné de viol ou s'il y avait eu inceste (art. 1729). De plus les crimes prévus par l'art. 1728 peuvent entrer en compensation avec l'adultère ou entre eux (art. 1730).

celui-ci à demander le divorce, à moins qu'il n'y ait eu pardon exprès ou tacite (1). L'action en divorce doit, en pareil cas, être intentée dans l'année si l'époux a connu les faits, et, en outre, elle ne pourrait plus être exercée si ces faits remontaient à plus de quinze ans (art. 1735, 1737, 1739).

Les mauvais traitements de nature à compromettre la santé donnent d'abord lieu à séparation de corps temporaire, mais il est ensuite laissé à l'appréciation du juge de prononcer le divorce (art. 1736).

Les autres causes du divorce sont :

— Le fait de l'un des époux de se rendre volontairement incapable de remplir ses devoirs conjugaux (art. 1734);

— La condamnation à un emprisonnement de trois ans au moins pour avoir commis plusieurs délits volontaires (2). En cas de récidive, il suffirait que le total des emprisonnements prononcés dépassât trois ans (art. 1740);

— L'aliénation mentale si, après le placement pendant trois ans, dans une maison d'aliénés, il résulte de la déclaration des gens de l'art que la folie est incurable (art. 1743);

— Le changement de religion, à moins de pardon exprès ou tacite ; mais on ne considère comme pardon tacite que le silence prolongé pendant un an depuis l'époque où le fait a été connu du conjoint (art. 1744).

Enfin une femme peut demander le divorce lorsqu'il résulte des constatations médicales qu'elle est atteinte

(1) Le pardon accordé sous condition serait soumis aux dispositions de l'art. 1721 (art. 1738).

(2) Si l'autre conjoint avait été complice ou avait accordé son pardon, il ne pourrait pas demander le divorce (art. 1740 et 1741).

d'une infirmité telle, que l'état de mariage mettrait sa vie en danger (art. 1742).

Telles sont les causes du divorce reconnues par le code civil saxon. Ces causes nous paraissent trop nombreuses; il en est que nous avons déjà critiquées en nous occupant d'autres législations. Nous pouvons donc nous dispenser de revenir sur nos observations.

Quant à l'absence, elle autorise aussi l'époux présent à faire considérer son mariage comme dissous toutes les fois que la loi tient l'absent pour mort; mais l'époux présent doit affirmer sous serment qu'il est sans nouvelles de l'absent. Si ce dernier revient avant qu'un nouveau mariage ait été contracté, son union persiste; dans le cas contraire, il peut demander la dissolution du mariage contracté pendant sa disparition, à la condition d'agir dans les six mois de son retour (art. 1708, 1709, 1710).

Les effets du divorce sont ceux que l'on retrouve dans les autres législations, nous nous bornerons à relever quelques particularités.

Entre époux le mariage est dissous, mais les conjoints divorcés peuvent toujours se remarier; une nouvelle célébration est alors nécessaire, sans toutefois que les dispenses accordées pour la première union aient besoin d'être renouvelées (art. 1747). La femme divorcée conserve la position sociale et le nom de son mari tant qu'elle ne contracte pas un nouveau mariage (art. 1748). Quelle que soit la cause du divorce, l'époux innocent n'a jamais d'action en dommages-intérêts contre son conjoint, sous le prétexte qu'il aurait réalisé pendant le mariage des avantages dont il est maintenant privé; mais il a droit à des aliments s'il se trouve dans le besoin et ce droit est aussi reconnu par la loi

à l'époux atteint d'une maladie mentale incurable, quoique la cause du divorce vienne de sa personne (art. 1750, 1751).

Quant aux enfants, le divorce ne modifie en rien les rapports juridiques qui existaient entre eux et leurs parents, à moins que le tribunal des tutelles n'ait décidé le contraire dans leur intérêt (art. 1747).

A côté du divorce, le code civil saxon admet la séparation de corps temporaire. En outre, pour donner satisfaction aux consciences des catholiques, il autorisait, au profit de ces derniers, la séparation de corps perpétuelle au lieu et place du divorce. Dans les mariages mixtes, on suivait la loi de l'époux défendeur; ce qui constituait un divorce pour l'époux protestant était considéré comme une séparation de corps pour l'époux catholique, ou réciproquement (art. 1766 et suiv.).

Ces dispositions relatives à la séparation de corps perpétuelle ont été abrogées par la loi du 6 février 1875 (1).

L'époux qui a la faculté d'obtenir le divorce peut, tout en conservant ce droit, demander d'abord une simple séparation de corps temporaire (art. 1752). Celle-ci doit même toujours être prononcée pendant la durée d'un procès en nullité de mariage ou en divorce (art. 1752).

En dehors des cas de divorce, la justice peut prononcer une séparation de corps temporaire, si des dissentiments graves éclatent entre époux, toutes les fois que la vie commune met en danger l'existence de l'un des

(1) L'exécution de cette loi d'empire a été assurée en Saxe par une loi du 5 novembre 1875 qui ne renferme aucune disposition digne de remarque. Voy. l'*Annuaire de la Société de législation comparée*, 1876, p. 475.

époux ou de l'un des enfants, enfin lorsque l'un des époux mène une vie licencieuse. Mais cependant la justice devrait repousser la demande, si depuis longtemps déjà les époux vivaient séparés l'un de l'autre (art. 1754). Sauf dans le cas où elle est prononcée pour la durée d'un procès en nullité de mariage ou en divorce, la séparation de corps ne peut durer moins de six mois, ni plus d'un an (art. 1755).

La séparation de corps laisse subsister tous les effets du mariage, sauf l'obligation de la vie commune. La femme séparée peut, sans le consentement de son mari, passer toutes sortes de contrats, mais seulement dans la limite de ses besoins ; au-delà de ces limites, le mari ne serait pas obligé vis-à-vis des tiers (art. 1645 et 1756).

Le mari est d'ailleurs tenu, suivant ses ressources, de donner à sa femme, en nature ou en argent, tout ce qui lui est nécessaire et de subvenir aux besoins des enfants. La loi ajoute même assez inutilement que, si la femme accouche ou tombe malade, le mari doit augmenter ses subsides (art. 1761). La femme séparée est tenue de quitter le domicile conjugal, même si la maison lui appartient, du moment que le mari en a l'administration et la jouissance (art. 1757, 1758, 1759, 1760).

Les effets de la séparation de corps prennent fin avec l'expiration du délai auquel elle a été limitée ou si les époux se réconcilient avant cette époque (art. 1765).

On voit par ce qui précède combien le code civil saxon s'est montré minutieux et prolixe ; encore avons-nous eu soin de résumer certaines dispositions qui contiennent de véritables répétitions.

Le Landrecht prussien n'a pas non plus échappé à ce défaut ; il consacre près de deux cents articles à l'énu-

mération et à la réglementation des causes du divorce ; parmi ces causes, il en est qu'on peut trouver injustes, d'autres sont presque étranges (1), d'autres mêmes doivent être une source fréquente de scandales.

Le divorce peut être demandé pour cause d'adultère. sans distinction entre celui du mari et celui de la femme. Mais lorsque l'adultère a été commis par la femme, celle-ci n'a pas le droit de s'opposer au divorce sous le prétexte que le mari se serait livré à une infraction pareille ; au contraire, le mari coupable d'adultère peut s'opposer au divorce en invoquant la réciprocité des torts. Sous ce dernier rapport, comme on le voit, le code prussien attache plus de gravité à l'adultère de la femme qu'à celui du mari et ne les met pas tous deux absolument sur la même ligne. Il assimile à l'adultère les crimes contre nature, et se met sous ce rapport en contradiction avec la doctrine des théologiens (2); cette assimilation est d'ailleurs juste, car on conçoit facilement la répulsion qu'un époux peut éprouver pour son conjoint capable de pareils faits. Mais ensuite la loi prussienne va encore plus loin et dans un article singulièrement vague, elle assimile aussi à l'adultère « des relations compromettantes qui font présumer une violation prochaine de la foi conjugale. » L'article suivant ajoute, il est vrai, qu'un simple soupçon ne suffirait pas, mais comment acquérir autrement que par des conjectures la preuve de l'imminence du danger ? En distinguant le soupçon vague de la conjecture préalable le législateur prussien tombe dans la casuistique. Toutefois, lorsqu'il existe une apparence de fondement

(1) Voy. notamment art. 694. Cpr. 178 à 180.

(2) Muyard de Vouglans, *Inst. au droit criminel*, p. 478. — Fournel, *Traité de l'adultère*, p. 5.

dans les soupçons, l'époux irréprochable doit d'abord sommer son conjoint et lui faire enjoindre par la justice de cesser ses relations compromettantes. Ce n'est qu'autant que ces relations continuent malgré ces menaces, qu'elles deviennent alors une cause grave de divorce. L'abandon malveillant peut aussi faire dissoudre le mariage. A ce propos, la loi prussienne nous apprend que la femme est tenue de suivre le mari partout où il juge à propos de résider et qu'en cas de refus obstiné de sa part, même après injonction de la justice, le mari est fondé à demander le divorce. Toutefois la femme n'est pas tenue de suivre son mari qui émigre pour échapper à l'exécution d'une condamnation criminelle ou pour toute autre cause contraire aux lois. Cette exception est facile à justifier, mais il est plus difficile d'expliquer celle qui dispense encore la femme de suivre son mari « lorsqu'elle a été affranchie de ce devoir par une convention antérieure au mariage. » En France, un pareil contrat serait absolument nul comme contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs ; il méconnaît en effet l'autorité maritale et le principe de la cohabitation qui est de l'essence même du mariage. Quoi qu'il en soit l'abandon volontaire est une cause de divorce de la part de chaque époux. Mais il faut qu'au préalable l'époux coupable ait été mis en demeure par la justice de réintégrer le domicile conjugal. Le code prussien consacre un grand nombre d'articles à cet abandon et à la procédure qui a pour objet de le constater. Ainsi le mari n'est tenu de recevoir sa femme qui revient au domicile conjugal après l'avoir quitté de sa seule autorité, que si elle prouve, par des témoignages dignes de foi, qu'elle a tenu, pendant son absence, une conduite irréprochable. Quand la résidence de l'époux

déserteur est inconnue ou se trouve en pays étranger, de telle sorte qu'aucune injonction de réunion ne puisse lui être directement transmise, l'époux resté au domicile est autorisé à demander une mise en demeure publique de réintégration notamment par la voie des journaux et le divorce en cas d'insuccès. Cette mesure toutefois, ne peut être sollicitée qu'un an après le jour où la disparition a été constatée et dans le cours duquel l'époux abandonné doit s'occuper activement de la découverte de la résidence du déserteur. S'il résulte des informations prises, que ce dernier a eu de justes motifs d'éloignement, l'époux présent est tenu de laisser passer dix années et, à leur expiration, de provoquer la déclaration de décès. Si l'on ne parvient pas à découvrir des motifs de cette nature, l'action en divorce peut être intentée après l'expiration de deux années, à partir du jour où la disparition a été constatée.

La loi prussienne assimile à l'abandon malveillant l'abstention persévérante et l'irrégularité du devoir conjugal. C'est, en effet, une preuve de mépris de la part de l'un des époux pour l'autre ; mais comment administrer cette preuve en justice et de pareils procès ne seront-ils pas toujours la cause de violents scandales? Le législateur prussien ne paraît pas avoir reculé devant ces difficultés, il est même entré sur la question du devoir conjugal dans des détails fort indiscrets (1). Les atteintes à l'honneur, à la liberté des faits qui menacent la

(1) Au titre du mariage, trois articles sont consacrés à ce point délicat : Art. 178. « Les époux ne peuvent se refuser le devoir conjugal. » — Art. 179. « Mais il ne saurait être exigé lorsqu'il peut devenir nuisible à la santé de l'un ou de l'autre des époux. » — Art. 180. « Les femmes qui nourrissent leurs enfants sont en droit de refuser le devoir conjugal. »

vie ou la santé, les injures verbales et les violences légères pour les personnes de haute condition, la condamnation à une peine afflictive et infamante, les fausses dénonciations portées par l'un des époux contre l'autre, les manœuvres dirigées contre l'honneur, la vie ou la santé du conjoint, l'exercice d'une profession honteuse sont encore autant de causes de divorce. Mais enfin ces causes sont toutes plus ou moins graves et légitimes et, en outre, il en est qui se confondent les unes avec les autres dans une certaine mesure, de sorte qu'elles pourraient, à la rigueur, être réunies dans une énumération beaucoup moins longue.

Mais que dire du divorce pour cause d'ivrognerie ou de vie déréglée? L'ivrognerie, la prodigalité ou une conduite déréglée ne suffisent pas, sans doute, pour faire prononcer immédiatement le divorce, mais le juge doit ordonner des mesures tendant à l'amélioration du coupable et à prévenir les suites fâcheuses de ses désordres. Si l'époux persévère ensuite dans son inconduite, il y a lieu à divorce.

Que dire encore du divorce qui peut être demandé lorsque le mari s'est mis par sa faute dans l'impossibilité d'entretenir sa femme? En cas de refus d'entretien de la part d'un mari qui se trouve d'ailleurs en état de subvenir aux besoins du ménage, le juge fixe le chiffre de la pension que le mari doit payer à sa femme. Le refus persévérant du mari après cette intervention de la justice autoriserait encore la demande en divorce.

Le divorce est également permis pour impuissance complète et incurable survenue pendant le mariage (1), pour toute infirmité corporelle inspirant du dégoût ou

(1) L'impuissance antérieure au mariage serait une cause de nullité.

de l'aversion, en cas de démence, durant depuis plus d'une année. N'est-on pas autorisé à dire que, pour le législateur prussien, la procréation des enfants est le but unique du mariage et que les devoirs de secours et d'assistance deviennent une gêne à laquelle il est permis de se soustraire. Combien est plus morale et plus touchante la doctrine française, d'après laquelle les infirmités, quelles qu'elles soient, n'autorisent jamais la séparation de corps. C'est ce qu'enseignait déjà Pothier en disant que la maladie la plus repoussante « fut-ce même un cancer au visage » ne saurait devenir une cause de séparation.

Quant au divorce par consentement mutuel, il est toujours permis, pourvu qu'il ne soit pas né d'enfants du mariage. La loi se borne à en poser le principe sans le réglementer. On chercherait en vain dans le code prussien les nombreuses épreuves qui rendaient ce divorce difficile en France sous l'empire du Code civil. Ce laconisme prouve une fois de plus que le législateur prussien n'a pas compris la sainteté du mariage.

Le code prussien renferme aussi peu de détails sur la procédure du divorce. Il va sans dire que le pardon de l'offense peut être proposé comme fin de non-recevoir à l'instance en divorce, mais le grief fondé sur l'abstention volontaire du devoir conjugal ne peut être couvert par aucune espèce de pardon. Pendant l'instance l'une des parties ne peut, sans l'assentiment de l'autre et de sa propre autorité avoir une habitation séparée. Toutefois, si la demande était fondée sur des faits présentant un danger imminent pour la vie ou la santé de la partie plaignante, le juge pourrait autoriser les époux à vivre séparément pendant le litige. Dans ce dernier cas, la femme a le droit d'exiger que le mari pourvoie

à son entretien. Mais le mari est toujours tenu, si sa femme l'exige, d'avancer les frais de l'instance. Toutes les fois que la demande en divorce est fondée sur des causes de moindre gravité (relations suspectes et prolongées nonobstant la défense de la justice ; voies de fait légères et injures entre personnes d'un rang élevé ; persistance dans une conduite déréglée ; refus d'entretien), si la tentative de conciliation a fait naître l'espoir d'un rapprochement, le juge a le droit d'ajourner le prononcé de sa sentence, sans toutefois que le délai puisse dépasser un an. Pendant cette année de réflexion, les époux ont le droit de vivre séparément avec la permission du juge. Quant à l'entretien de la femme pendant cette période de temps, à l'éducation, à la nourriture des enfants et aux mesures à prendre pour sauvegarder les biens, le juge doit y pourvoir, suivant les circonstances de chaque cause.

Les époux divorcés peuvent se remarier ensemble. Mais en cas de divorce pour cause d'adultère, le conjoint coupable n'a pas le droit d'épouser son complice ; de même il est interdit d'épouser la personne qui a donné lieu à la rupture du mariage par ses relations suspectes ou ses excitations à la discorde. Les femmes divorcées qui se trouvent visiblement ou notoirement enceintes, sont tenues d'attendre leur délivrance avant de convoler à une nouvelle union. Hors ce cas, elles ne peuvent se marier que neuf mois après la dissolution du premier mariage. Toutefois, si le mariage a été dissous pour abandon coupable, la partie qui a obtenu le divorce peut convoler dès que le jugement a acquis force de chose jugée. C'est qu'en effet, en pareil cas, le divorce ne peut être prononcé qu'à l'expiration de deux années à partir du jour où la disparition a été

constatée. Nous comprenons moins la loi prussienne lorsqu'elle ajoute ensuite que, dans tous les cas, le juge peut autoriser une femme divorcée à se remarier avant l'expiration de neuf mois, pourvu que le divorce remonte à plus de trois mois, s'il résulte des circonstances et de l'opinion des experts qu'une grossesse n'est pas vraisemblable. Ce délai de trois mois est dérisoire. Au dire de tous les médecins légistes, le diagnostic de la grossesse est entièrement incertain pendant les quatre premiers mois, et ce n'est que vers le sixième qu'on peut acquérir une certitude.

La femme qui a obtenu le divorce a le choix ou de garder le nom du mari ou de reprendre son nom de famille ou d'adopter celui de veuve; mais lorsque le divorce a été prononcé contre elle, il ne lui est plus permis de prendre le nom du mari sans son consentement.

Chacun des époux garde les présents qu'il a reçus de l'autre avant ou pendant le mariage. Les cadeaux de noce faits à l'un ou à l'autre sont réputés communs.

Le mari qui a obtenu le divorce garde le *morgengale* qu'il avait promis, et s'il l'a réalisé il a le droit de le prélever au moment du partage. Les donations faites pendant le mariage par l'époux qui a obtenu le divorce à son conjoint ne sont pas révoquées de plein droit comme en France, mais la révocation peut être demandée.

Enfin, le Landrecht prussien réglemente l'éducation, l'entretien et la garde des enfants de la même manière que notre code civil dans les articles 302 et 303 (1).

(1) Ces dispositions relatives au sort des enfants se trouvent dans le titre des droits respectifs des parents et des enfants. Quant aux autres, elles font l'objet dans la seconde partie du *Landrecht*, du titre 1, chapitre 8 des §§ 668 et suiv.

D'après la nouvelle loi prussienne (loi du 5 juillet 1875), la mère contre laquelle le divorce a été prononcé ne peut pas être tutrice de ses enfants ; celle qui a obtenu le divorce ne prend la tutelle qu'autant qu'elle lui est conférée par le tribunal tutélaire (art. 17 et 21).

Tel est l'ensemble du droit prussien sur le divorce.

Mittermayer reconnaît (1) que le mariage indissoluble doit être considéré comme un type idéal. Si cela est vrai, il faut avouer que le Landrecht prussien s'est singulièrement écarté de ce modèle. Rédigé sous l'influence de la philosophie du dix-huitième siècle, qui assimilait le mariage à un contrat ordinaire, le Landrecht prussien, comme en France la loi du 20 septembre 1792, autorise le divorce avec une déplorable facilité. Aussi les abus du divorce sont une des causes qui ont amené en Prusse cette corruption des mœurs qui vicie toutes les classes de la société dans les grandes villes. En Allemagne même, on a reproché au code prussien d'avoir prodigué avec plus ou moins de légèreté, les causes de divorce. Il a soulevé une réprobation générale dont un journal humoristique de Berlin s'est rendu l'organe en ces termes : « Grâce à la facilité du divorce, il y a de grandes libertés en Prusse pour la femme lasse du devoir ou du sacrifice. Le mariage, tel qu'il est pratiqué chez nous est au dessous du mariage païen... On se lie, on se délie à volonté, selon les besoins, selon les caprices. Il n'est pas rare qu'un gentleman, qui va dans une ville de bains, trouve à l'hôtel quatre ou cinq dames qui ont été ses femmes. Les enfants ne connaissent plus ni père ni mère. On les expédie en Amérique où ils tournent mal. La société

(1) *Deutsches Privatrecht,* § 196.

entière est bouleversée » (1). Le clergé protestant s'est toujours beaucoup ému de cette loi qui consacre une foule de causes du divorce pour des motifs vraiment peu sérieux. Dès l'année 1830, des pasteurs ont refusé la bénédiction nuptiale à des personnes divorcées pour des motifs non reconnus par la religion protestante. Le gouvernement, tout en comprenant ces scrupules, a insisté pour l'application de la loi. Les pasteurs n'en ont pas moins persisté dans leur refus : de là un conflit, auquel la loi du 1er octobre 1874, sur la sécularisation du mariage, est enfin venu mettre un terme. Il est douteux que l'introduction du mariage civil puisse améliorer cet état de choses. Dans la discussion de la loi prussienne du 9 mars 1874, on avait proposé à la chambre des seigneurs d'adopter une nouvelle cause de divorce résultant du refus de la célébration religieuse après le mariage civil. Ce projet fut rejeté comme contraire à l'objet de la loi en discussion (2). Il résulte cependant des documents statistiques, que les mariages civils, sans union religieuse, sont beaucoup plus nombreux qu'en France. Ces documents font aussi des révélations curieuses sur le nombre des baptêmes et celui des enterrements civils. On avait signalé, dans la discussion de la loi prussienne, le danger de séculariser le droit à un moment où il existait une sorte de guerre en Allemagne. A la crainte exprimée par certaines personnes que le mariage civil ne fût une cause de démoralisation et une atteinte à la dignité de l'union conjugale, le ministre avait répondu que le mariage civil n'exclut

(1) Germania, apud Tissot, *Voyage au pays des milliards*, éd. illustrée, p. 367.

(2) Voyez sur cette question relative au refus de la bénédiction religieuse après le mariage civil, Richterdove, *Lehrbuch des Kirchenrechts*, § 270 et 287.

pas l'union religieuse ; il avait ajouté que ce mariage existe depuis longtemps dans les provinces rhénanes, où il n'a produit aucun mauvais effet. Il résulte, en effet, des statistiques dressées dans ces pays, que, sauf exception pour la ville de Francfort, le nombre des mariages civils non suivis de la bénédiction nuptiale est fort restreint. Ainsi, dans le ressort de la cour de Cologne, sur 66,148 mariages civils célébrés pendant les années 1869, 1870, 1871, 387 seulement n'ont pas été accompagnés de la bénédiction religieuse. Dans le Palatinat rhénan, 15,009 mariages civils ont eu lieu pendant les mêmes années ; 108 seulement n'ont pas été célébrés à l'église. Il est plus rare encore chez nous que les époux se contentent du mariage civil ; mais en France, comme dans la Prusse rhénane, qui était alors française, la promulgation du code civil a eu lieu presqu'en même temps que le rétablissement de la paix avec l'Eglise. En Prusse, les circonstances sont bien différentes : la religion catholique est plus ou moins persécutée ; le culte protestant est de plus en plus abandonné ou composé de membres qui, en réalité, se désintéressent de toute religion. L'Allemagne, et surtout la Prusse, se croient appelées à régénérer le monde ; elles élaborent en ce moment une religion de l'avenir. On a commencé par attaquer les religions chrétiennes dans les universités ; le protestantisme, qu'on le remarque bien, n'a pas été plus ménagé que le catholicisme. Ces religions chrétiennes ne sont plus en rapport avec les besoins intellectuels et moraux du monde actuel. Ces doctrines nouvelles n'ont pas tardé à sortir des chaires des universités ; elles se sont propagées par la voie des brochures et des livres. Voici ce qu'écrivait fort peu de temps avant sa mort (en 1872), dans son livre sur

l'*Ancienne foi et la nouvelle*, le libre penseur Strauss : « Pour ce qui est des rapports entre l'Eglise et l'Etat, nous ne pouvons former qu'un souhait, c'est que la main forte et ferme du chancelier de l'empire allemand ne soit pas arrêtée dans son œuvre par l'immixtion de mains plus faibles (1). » Plus récemment, M. de Hartmann combattait les doctrines chrétiennes avec la même énergie : « Nous estimons, dit-il, que les principes fondamentaux du christianisme et ceux de la culture moderne (Culturkampf) sont dans un irréconciliable conflit et que ce conflit doit incessamment finir, soit par une réaction triomphante du christianisme, soit par une victoire complète remportée à son tour par la culture moderne non chrétienne sur le christianisme. Ou bien toute liberté publique succombera sous le violent assaut de l'ultramontanisme, ou bien le christianisme, sinon de nom, du moins du fait, sera anéanti... Depuis que la Prusse a fondé l'empire allemand, depuis qu'elle a reconnu que sa grande tâche historique consistait à reprendre la lutte séculaire contre Rome, nous possédons un point ferme, capable de devenir le centre de cristallisation pour tous les efforts de la civilisation moderne qui combat pour son existence menacée par le christianisme... C'est le dernier et désespéré combat de l'idée chrétienne avant qu'elle se retire définitivement de la tribune de l'histoire (2). »

M. de Hartmann s'efforce d'établir que ce qui reste du christianisme depuis les derniers travaux de la critique et de la philosophie, ne constitue plus une religion

(1) *Der alte und der neue Glaube*, 2e édition, p. 294.

(2) *Die Selbstersetzung des Christenthums und die Religion der Zukunft*, 2e édition, p. 31. Ce livre a été traduit en français et la traduction vient de paraître à la librairie Germer Baillière.

capable d'inspirer et d'échauffer les cœurs. Une nouvelle religion est nécessaire; c'est à la science et à la philosophie allemandes qu'il appartient de la préparer. Plus tard, un de ces hommes qui entraînent les masses se chargera de la vulgariser (1). M. de Hartmann n'est pas seul à parler ainsi. Ces doctrines ont fait des progrès ; elles sont partagées par un certain nombre de personnes influentes. Chose curieuse, mais cependant d'une explication facile, jusqu'à ce jour, c'est le protestantisme qui a le plus souffert de ces attaques de la science allemande et du gouvernement. Le catholicisme conserve sa vitalité; la persécution lui donne même de nouvelles forces. C'est ce qui se produit pour toute religion directement attaquée et en lutte ouverte avec le pouvoir temporel. Le protestantisme est abandonné par ceux qui vivent sous l'influence des doctrines philosophiques de la science allemande comme par ceux qui font profession d'irréligion. Les consistoires protestants se plaignent amèrement de ces doctrines ainsi que des nouvelles lois civiles, et leurs craintes semblent justifiées par

(1) Quelle sera la religion de l'avenir? « Dans l'état actuel de la science, conclut M. Hartmann, le plus vraisemblable est que la religion de l'avenir, si l'on considère une telle religion comme possible, doit être un panthéisme, ou mieux un monothéisme panthéiste (à l'exclusion de tout élément polythéiste), ou encore un monothéisme immanent, impersonnel, dont la divinité a le monde en tant qu'apparition objective, non pas en dehors, mais en dedans de soi. C'est ce que ne donnent ni le christianisme positif avec son polythéisme trinitaire, ni le protestantisme libéral avec son théisme abstrait et personnel. Au point de vue de l'histoire religieuse, le but que nous nous proposons, ne peut être atteint que par la synthèse du développement religieux hindou et juif-chrétien en une création qui réunisse les avantages de ces deux directions de l'esprit humain, tout en comblant leurs lacunes, et par là devienne capable de les remplacer toutes deux et de devenir, au mot propre, une religion universelle. Un pareil panmonothéisme se rapprocherait plus que tout autre système de ce que le peuple cherche dans la religion sous le nom de vérité. »

les renseignements statistiques suivants, qu'ils ont eux-mêmes donnés. A Berlin, le nombre des baptêmes a diminué de plus de moitié ; il est de 55 pour 100 ; à Potsdam, de 72 pour 100 ; à Francfort-sur-l'Oder, de 90 pour 100. La moyenne des enfants baptisés, calculée sur toute la population de la Prusse, est de 92,29 pour 100. Il faut remarquer toutefois que les protestants baptisent leurs enfants beaucoup plus tard que les catholiques ; d'où une augmentation notable dans le chiffre des enfants morts sans baptême, même chez les populations les plus religieuses.

A Francfort-sur-l'Oder, les pasteurs sont appelés aux enterrements 14 fois sur 100 ; à Potsdam, 12 fois sur 100 ; à Berlin, 1 fois sur 100 ! Il y a 99 enterrements civils pour un enterrement religieux. Pour les mariages, les statistiques sont moins affligeantes, à cause de l'influence directe des femmes ; c'est ainsi que le mariage civil est suivi de la bénédiction religieuse dans 72 cas sur 100 à Francfort et dans 79 cas sur 100 à Potsdam ; mais à Berlin, c'est seulement 29 fois sur 100 que l'on appelle un ministre pour bénir l'union conjugale. Voici quelle a été, en 1876, la proportion des mariages où il y a eu cérémonie religieuse. Pour les provinces : Rhineland, 96 pour 100 ; Westphalie, 95 ; Posen, 94 ; Poméranie, 90 ; Prusse, 89 ; Brandebourg (Berlin non compris), 86 ; Silésie, 83 ; Saxe, 32. A Berlin, on l'a vu, la proportion n'est que de 29 pour 100 ; Magdebourg, Stettin et Breslau viennent immédiatement après la capitale. La petite principauté de Hohenzollern a presque moitié de mariages civils.

Les lois des autres Etats de l'Allemagne offrent, en général, peu d'intérêt et nous nous bornerons à relever les particularités qu'elles présentent.

Avant la loi nouvelle de l'empire, la séparation de corps existait seule en Bavière (1). Depuis cette loi, les causes de séparation de corps autorisent le divorce, et il ne peut plus être question que de séparation de corps temporaire. La loi bavaroise ne distingue pas entre l'adultère du mari et celui de la femme; mais elle n'autorise pas à demander le divorce pour cette cause s'il y a torts réciproques ou réconciliation, quoiqu'elle n'admette pas la prescription en cette matière. Les époux ont aussi le droit de se séparer lorsque l'un d'eux ne peut plus vivre avec l'autre sans grand danger pour son âme ou pour son corps.

La loi de Wurtemberg reconnaissait le divorce et la séparation de corps temporaire pour les protestants, la séparation de corps perpétuelle pour les catholiques. Aujourd'hui, le divorce existe seul pour tous et une loi du 8 août 1875, a assuré la mise à exécution de la loi de l'empire du 6 février même année, en même temps qu'elle a complété ses dispositions. L'adultère de l'un ou de l'autre des époux autorise le divorce, à moins qu'il n'y ait eu pardon ou réciprocité des torts. Quand l'un des époux abandonne le domicile conjugal, l'autre a le droit de l'assigner en réintégration de la maison commune et de demander ensuite le divorce, si cette assignation reste sans effet. Lorsque l'époux absent revient ou s'il peut être ramené par les voies de justice, le divorce n'est prononcé qu'après que les moyens employés pour la réunion des époux sont restés sans succès. Si le conjoint a quitté le domicile conjugal sans annoncer l'intention de rompre le mariage, il ne peut être sommé de revenir qu'après sept ans révolus. La

(1) Loi du 8 mai 1816.

loi du 8 août 1875 (art. 7) a supprimé l'amende et la prison comme moyens de contrainte employés pour forcer les époux à reprendre la vie commune.

La quasi-désertion ou le refus obstiné du devoir conjugal, l'attentat à la vie du conjoint ou de son enfant d'un lit précédent, la condamnation à un emprisonnement de 10 ans au moins formaient autrefois les autres causes de divorce communes aux deux époux (1). En outre, la femme pouvait divorcer si son mari quittait le royaume sans motif sérieux, ou contrairement aux promesses qu'il lui avait faites à ce sujet, ou s'il s'établissait hors d'Europe, ou si, par une infirmité physique, elle se trouvait dans l'impossibilité de le suivre dans son nouveau domicile.

A ces causes de divorce la loi du 8 août 1876 en a ajouté deux autres. D'après l'article 7 de cette loi, lorsque l'un des époux a refusé pendant un an, à partir du jugement qui ordonne le rétablissement de la vie commune, de réintégrer le domicile conjugal, son conjoint peut demander le divorce pour cause de quasi-désertion. L'article 8 ajoute que, en cas de séparation de corps temporaire ordonnée par jugement, les tribunaux peuvent, à l'expiration du temps fixé, prononcer le divorce, s'ils estiment qu'il est à craindre que l'époux contre lequel le premier jugement a été rendu ne continue à se livrer sur la personne de son conjoint, à des sévices de nature à mettre sa vie en danger, ou qu'il ne persiste à lui rendre par sa conduite la vie commune intolérable (2).

La loi nouvelle s'occupe aussi de la procédure des causes matrimoniales. Le ministère public doit toujours

(1) Les simples sévices autorisaient la séparation de corps.

(2) Ces dispositions concernent seulement les protestants.

être présent à ces affaires; les parties viennent en personne; ces affaires sont jugées à huis-clos. Tout procès matrimonial doit être précédé d'une tentative de conciliation, à moins que le défendeur n'ait pas de domicile connu, ou qu'il demeure hors d'Allemagne, ou que la tentative présente de grandes difficultés, ou encore qu'elle n'offre aucune chance de succès.

Le divorce prononcé, la communauté cesse entre époux; ni l'un ni l'autre ne peut exiger les avantages qui lui avaient été assurés pour le cas de décès, ni ceux dont il jouissait pendant le mariage. Le conjoint innocent reçoit le quart des biens de l'époux contre lequel le divorce est prononcé.

Dans le duché de Bade, la nouvelle loi d'empire sur le mariage a été complétée et son exécution a été assurée par une loi du 9 décembre 1875. On sait que, dans ce pays, ce sont les dispositions de notre code civil qui sont restées en vigueur. Toutefois, au moment de la publication de notre code en allemand, on a fait quelques additions; c'est ainsi qu'on a ajouté, comme causes de divorce, l'absence, l'insoumission pendant trois ans et l'état de démence pendant le même espace de temps. On a voulu aussi que la femme pût demander le divorce lorsque le mari tient sa concubine si près du domicile conjugal, qu'il peut aller la voir à tout instant.

Dans le Brunsvick, l'expulsion du pays et l'exil forment des causes de divorce. A Hambourg, en cas de divorce pour cause d'adultère, l'époux coupable n'a pas le droit de se remarier; l'absence du mari pendant trois ans ou de la femme pendant deux ans, autorise aussi le divorce. En général, les petits Etats de l'Allemagne reproduisent, dans leurs lois, le droit commun allemand ou l'accep-

tent tacitement. Ce droit commun reconnaît comme causes de divorce l'adultère, pourvu qu'il n'y ait pas réciprocité des torts; l'attentat à la vie du conjoint; l'abandon volontaire *(malitiosa desertio)*; des sévices ou injures graves; la condamnation de l'un des époux aux travaux forcés à perpétuité. Le divorce par consentement mutuel n'est pas permis.

D. Suisse (1).

Au moment où l'on souleva la question de la révision d'une partie du droit civil, on était à peu près d'accord en Suisse pour le maintien du divorce ; ce que réclamaient certains esprits, c'était que la rupture du lien conjugal fut rendue difficile. Dans un intéressant rapport sur les principales différences qui existent entre les législations des cantons français et celles des cantons allemands, rapport lu en 1873 à la réunion annuelle des jurisconsultes suisses, le professeur Carrard ne dissimule pas ses répugnances pour le divorce. Il n'ose cependant pas le repousser, sachant qu'une semblable proposition n'aurait aucune chance de succès ; mais il demande que le divorce soit entouré de rigoureuses restrictions. « Nous préférons, dit-il, des lois qui, sans rechercher à venger la morale, font respecter l'indissolubilité du lien conjugal. L'idée catholique qui voit dans le mariage un *consortium omnis vitæ* est tout à fait juridique. Le divorce ne doit être accordé qu'en cas d'absolue nécessité ; c'est un remède contre la dureté de notre cœur. L'Eglise protestante, dont les lois font autorité en cette matière dans plusieurs cantons protestants allemands, s'est trop préoccupée des péchés que pourraient commettre des époux mal assortis. Nos

(1) Stussi, *Civilstand und Ehe.* — Gareis et Zorn, Staat und Hirche in der Schweiz, 2 vol., Zurich, 1877 et 1878.

confédérés qui attachent une si grande importance aux intérêts de la famille, n'exigeront pas, sans doute, dans la révision de nos lois, que l'on affaiblisse les liens du mariage en multipliant les causes du divorce. » Ce rapport fait pressentir, comme on le voit, d'importantes réformes ; elles ont, en effet, été commencées en 1874.

La révision de la constitution de 1848, repoussée en 1872, a été votée en 1874 (1) et plusieurs lois fédérales importantes ont complété les mesures décrétées dans cette révision. On s'est proposé deux buts principaux : séparer, autant que possible, l'Eglise et l'Etat; préparer, par des mesures partielles, l'unité de législation pour tous les cantons de la Suisse. Ces réformes ont porté la plus grave atteinte à l'autonomie des cantons; cette autonomie cantonale a été sacrifiée au profit du pouvoir central. La Suisse s'achemine vers l'unité de législation civile et commerciale. La constitution révisée donne à la confédération le droit de voter des lois uniformes pour toute la Suisse, en matière de capacité civile, sur tous les points qui touchent au commerce et aux transactions mobilières, sur la propriété littéraire et artistique, sur la poursuite pour dettes et la faillite. Mais c'est surtout sur le mariage et les registres de l'état civil que les innovations décrétées ont un caractère particulier de gravité. Le mariage civil est étendu à toute la confédération ; les lois spéciales à chaque canton sont remplacées par une législation uniforme, et ainsi ont disparu, dans certains cantons, les empêchements fondés sur des motifs confessionnels ou sur l'indigence. Ces empêchements avaient été sérieusement

(1) Voir dans l'*Annuaire* de 1873, p. 439 et suiv. le compte-rendu de cette tentative infructueuse de révision et dans le *Bulletin* de 1875, p. 14 et suiv. un exposé des causes du succès de la révision de 1874.

critiqués, et avec raison, au nom de la liberté de conscience et même de la morale; on avait remarqué que leur seul résultat était d'augmenter le nombre des naissances illégitimes. D'autres réformes, tendant aussi à l'unité, ont été encore décrétées par la constitution révisée, en matière de légitimation par mariage subséquent, pour la naturalisation, en ce qui touche la tenue des registres de l'état civil.

La Suisse profitera-t-elle de ces innovations réalisées aux dépens de l'indépendance cantonale et contraires à ses traditions historiques ? Il semble qu'en réalisant ces réformes on se soit trop préoccupé d'imiter l'Allemagne, en oubliant que les besoins d'un vaste empire ne sont pas identiques à ceux d'une nation qui, malgré ses réformes unitaires, restera un Etat secondaire.

Cette influence de l'Allemagne est incontestable. Ainsi, pour accomplir les modifications décrétées par la constitution sur le mariage, on a voté une loi qui est la copie presqu'entière de celle du parlement allemand (1).

La loi fédérale du 24 décembre 1874, publiée le 27 janvier 1875 et mise en vigueur depuis le 1er janvier 1876, réglemente avec soin et d'une manière complète, la tenue des registres de l'état civil, qui sont enlevés au clergé dans les cantons où ils se trouvaient encore entre ses mains ; elle statue aussi sur les conditions du mariage civil, sur ses formes, sur les empêchements, sur les causes de nullité et enfin sur le divorce (2). Il ne sera pas inutile d'indiquer rapidement

(1) Voir les art. 53, 54 et 58 al. 2 de la constitution révisée. Cette constitution a été publiée dans l'*Annuaire de la Société de législation comparée*, 1874, p. 445 et suiv.

(2) L'art. 13 de cette loi autorise le conseil fédéral à donner aux agents diplomatiques et consulaires de la confédération à l'étranger

les caractères de cette loi. Le mariage civil y est établi de la même manière qu'en France et en Allemagne; il doit nécessairement précéder l'union religieuse. Autant le mariage était entouré d'obstacles dans certains cantons, autant il est rendu facile par la loi nouvelle. Ainsi, à partir de vingt ans, on peut se marier sans aucune permission de parents. Avant cet âge, il faut obtenir le consentement de celui de ses parents (père ou mère) qui exerce la puissance paternelle. S'ils sont décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, le consentement du tuteur est nécessaire; mais il est permis de se pourvoir contre son refus devant l'autorité tutélaire supérieure. La loi facilite aussi le mariage en supprimant tous les empêchements fondés sur des motifs confessionnels, économiques ou de police.

Depuis des siècles le divorce était usité dans les trois cantons de la Suisse française où la législation se rapprochait sensiblement de notre Code civil. Il existait aussi dans les cantons allemands non catholiques avec des caractères semblables à ceux qu'il présente en Allemagne. Telles étaient notamment les lois d'Appenzell, d'Argovie, de Bâle, de Berne, des Grisons, de Soleure. Dans le canton de Zurich, le divorce ne pouvait avoir lieu par consentement mutuel qu'autant que le mariage durait depuis plus de quatre ans et depuis moins de vingt-cinq. Le divorce n'existait pas dans les cantons de Lucerne, du Tessin et du Valais. La loi nouvelle l'a étendu à toute la confédération; en même temps elle a supprimé la séparation de corps qui existait

les attributions d'officier de l'état civil pour les résidents suisses; elle les rend aussi compétents pour la célébration des mariages à l'étranger entre Suisses et étrangers, ce qui permet d'éviter la forme religieuse dans les pays où le mariage civil n'existe pas encore.

cependant partout, excepté dans le canton de Vaud, sous prétexte que les séparations ne remédient à rien et créent les situations les plus fausses. La loi de 1874 permet, il est vrai, au tribunal de prononcer la séparation, mais seulement lorsqu'il n'existe aucune des causes du divorce et que cependant le lien conjugal est profondément altéré. Cette séparation ne peut pas être ordonnée pour plus de deux ans et lorsque, dans cet espace de temps, il ne se fait aucune réconciliation, le divorce peut être prononcé par le tribunal, si celui-ci le croit nécessaire ; c'est une question que la loi abandonne à son entière appréciation. D'ailleurs, même dans ce cas, où la séparation de corps temporaire est admise, le tribunal pourrait, s'il le préférait, prononcer tout de suite le divorce quoiqu'il n'existe aucune des causes spécialement déterminées par la loi. On n'a pas voulu accorder dans la loi une place au divorce par consentement mutuel, pour donner satisfaction à ceux qui demandaient des garanties sérieuses contre de trop fréquentes ruptures du mariage ; mais quand les deux époux sont demandeurs en divorce, la loi permet au tribunal de le prononcer, s'il résulte des circonstances que la vie commune est devenue insupportable. D'après les renseignements qui m'ont été donnés, cette disposition a déjà produit, dans plusieurs parties de la Suisse, des résultats tout à fait déplorables. Les deux époux se portent demandeurs en divorce et certains tribunaux prononcent de suite la dissolution du mariage, sans aucune instruction préalable. Le mariage prend fin, en réalité, par le seul consentement des époux, qui se bornent à remplir, devant la justice, une formalité sans importance. Le mariage tend à devenir, dans certaines classes de la société, un simple bail.

Le divorce pour causes déterminées n'est admis que dans des cas peu nombreux. Chaque époux peut le demander pour cause d'adultère de son conjoint s'il ne s'est pas écoulé plus de six mois depuis que l'époux offensé en a eu connaissance. La loi ne fait pas, entre la faute du mari et celle de la femme, la distinction qui a été si souvent reprochée à notre code civil. Les autres causes du divorce sont : l'attentat à la vie, les sévices ou injures graves, la condamnation à une peine infamante, l'abandon malicieux lorsqu'il dure depuis deux ans et qu'une sommation judiciaire fixant un délai de six mois pour le retour est restée sans effet. Enfin il est une dernière cause de divorce que l'on regrette de voir figurer dans la loi : c'est l'aliénation mentale. Il est vrai que la démence n'autorise le divorce qu'à la condition de remonter à trois ans au moins et d'avoir été déclarée incurable ; mais, même dans ces circonstances le divorce relève l'un des conjoints d'un des devoirs les plus austères que le mariage impose aux époux l'un envers l'autre. Ne peut-il pas arriver aussi, comme on l'a vu, qu'une aliénation mentale déclarée incurable se termine pourtant par une guérison ou que l'aliéné jouisse au moins d'intervalles lucides, et croit-on que, s'il apprend le nouveau mariage de son conjoint, sa situation ne sera pas aggravée?

L'action en divorce doit être intentée devant le tribunal du domicile du mari, sauf appel au tribunal fédéral. Comme dans tous les pays, la loi permet au tribunal d'autoriser la femme à vivre séparée pendant la durée du procès et de prendre toutes les mesures provisoires nécessaires. Le jugement prononçant le divorce est transmis, sans délai, par le tribunal aux officiers de l'état civil du domicile et du lieu de naissance

des époux, pour qu'ils mentionnent ce divorce en marge de l'acte de mariage. Lorsque le divorce est prononcé contre un époux pour cause déterminée, celui-ci n'a pas le droit de contracter un nouveau mariage avant l'expiration d'une année, et ce délai peut même être étendu par le tribunal, à la condition de ne jamais dépasser trois ans.

Quoique cette loi nouvelle embrasse tout le mariage et le divorce, le législateur fédéral n'a cependant pas voulu s'occuper des effets du divorce sur la personne des époux, sur leurs biens, sur l'éducation et l'instruction des enfants, sur les indemnités mises à la charge de l'époux coupable; ces effets sont réglés par la législation du canton à la juridiction duquel le mari est soumis.

Les devoirs respectifs des époux résultant du mariage sont également restés dans le domaine des législations cantonales, alors que cependant la principale sanction et garantie de ces obligations, le divorce est réglé par une loi fédérale. Ces deux parties du droit, les obligations résultant du mariage d'une part et le divorce de l'autre devraient pourtant être corrélatives.

Enfin la loi a prévu le cas où des étrangers viendraient demander leur divorce aux tribunaux suisses; elle ne permet de donner droit à leur demande qu'autant que ces étrangers appartiennent à un pays dont la loi reconnaît effet à un jugement de ce genre (1).

Cette double réforme, qui a étendu le mariage civil et le divorce à toute la Suisse était depuis longtemps demandée par un grand nombre de personnes. On se plaignait de ce que les cantons catholiques ne considéraient le mariage civil établi dans d'autres parties de la Suisse

(1) Voir sur le divorce les art. 43 et suiv. de la loi.

que comme une forme de concubinage; on leur reprochait aussi d'exclure le divorce et de déclarer illégal et immoral le mariage des personnes divorcées dans d'autres cantons. On se plaignait encore de ce qu'un membre d'une commune ne pouvait se marier sans la permission du maire et du conseil cantonal; s'il se mariait dans un autre canton, les autorités de son village pouvaient ternir l'honneur de sa femme et refuser de reconnaître à ses enfants les droits de citoyen. Une pareille confusion, qui le touchait dans ses intérêts les plus chers, blessait le citoyen, et des scandales se déroulaient à chaque instant devant les tribunaux. Une femme, reçue à Berne comme une épouse honorable, pouvait être exclue par la société de Stanz et d'Altorf, sous prétexte qu'elle n'était qu'une concubine. C'est dans l'intérêt du mariage que la confédération a lutté en demandant l'unité de législation et la suppression de l'intervention des communes; mais a-t-elle sagement agi en imposant le divorce aux cantons catholiques?

Le gouvernement suisse s'est, à juste titre, préoccupé des résultats que pourrait produire l'application de la loi nouvelle, particulièrement au point de vue du divorce. A cet effet, il a prescrit au bureau fédéral de statistique de dresser, pour toute l'étendue de la Suisse, des tableaux très complets et très minutieux sur le nombre des divorces, leurs causes, la durée des mariages dissous et les professions des maris divorcés. Nous avons obtenu communication de cette statistique pour l'année 1876, et les tableaux dressés par le bureau fédéral donnent des renseignements de la plus haute importance. Ils constatent que le nombre des divorces est énorme en Suisse. En 1876, il a été prononcé 1,102

divorces et 190 séparations de corps temporaires (1). Si l'on rapproche ce chiffre de celui des mariages, on est amené à constater qu'il y a en Suisse 4 divorces sur 100 mariages. Le bureau fédéral reconnaît que, d'après les documents fournis par les Etats étrangers, nulle part le divorce n'est aussi fréquent. On s'est demandé si le nombre considérable des divorces de l'année 1876 ne tenait pas à ce que les cantons catholiques, jusqu'alors privés de ce moyen de rompre le mariage, en avaient usé pour la première fois. Mais les statistiques constatent que ces cantons n'ont presque pas recouru au divorce et le bureau fédéral de statistique en conclut qu'une nouvelle augmentation dans le nombre des divorces est à craindre pour la Suisse. « Si les cantons catholiques, » dit le bureau fédéral dans son travail de statistique « avaient une forte part à ces 1,102 divorces, nous serions jusqu'à un certain point autorisés a considérer ce résultat comme une exception, puisque, avant 1876, les mariages entre catholiques ne pouvaient pas être dissous; mais comme ce n'est pas là le cas, il est à craindre que le chiffre des divorces n'augmente encore chez nous. »

D'ailleurs, dans tous les pays où il existe, le divorce tend à augmenter avec plus ou moins de rapidité, comme nous le verrons dans la dernière partie de cet ouvrage consacrée aux documents statistiques.

Il est probable que, si le divorce était rétabli en France, il ne tarderait pas à s'y développer aussi avec une progression constante. Au contraire, dans l'état actuel, le nombre des séparations de corps n'augmente

(1) Il n'a pas été possible de connaître le nombre total des divorces de la Suisse pour les années antérieures à 1876, parce que la statistique de ces divorces n'était dressée que dans certains cantons.

pas sensiblement ; il est très peu élevé, si on le compare à celui des divorces à l'étranger. On ne comptait pas en France plus de séparations de corps avant 1861 qu'il n'y a eu de divorces en Suisse l'année dernière, quoique la population de la France soit dix-huit fois plus élevée ; et si, depuis 1852, les séparations de corps ont augmenté chez nous pour une cause que nous allons faire connaître, elles sont encore loin d'atteindre en moyenne le total des divorces de la plupart des pays étrangers. L'augmentation du nombre des demandes en séparation de corps depuis 1852 doit être attribuée à la loi du 22 janvier 1851, qui, en organisant l'assistance judiciaire, a rendu l'accès de la justice beaucoup plus facile à tous.

Nous avons vu que la loi fédérale de la Suisse s'est bornée à poser les principes fondamentaux relatifs aux actes de l'état civil, au mariage et au divorce ; elle a laissé à la législation cantonale le soin de combler ces lacunes volontaires et d'assurer son exécution. C'est ainsi que, dans le canton de Genève, une loi du 5 avril 1876 a, dans ce but, modifié les titres II, V et VI de notre code civil. Le titre VI de cette loi, consacré au divorce et aux causes de nullité du mariage, établit d'abord les règles de compétence des tribunaux genevois en réservant le recours au tribunal fédéral ; il s'occupe ensuite des causes de divorce et des effets de la dissolution du mariage dans une série de dispositions qui dérogent même parfois à la loi fédérale.

Quant aux causes de divorce, la loi de Genève se borne, dans ses articles 94 et 95, à reproduire le texte même de la loi fédérale. Elle s'occupe ensuite, en détail, dans les articles 96 et suivants de la procédure du divorce ; puis, viennent les fins de non-recevoir qui

peuvent être dirigées contre la demande ; enfin, la loi s'occupe des effets du divorce. Il est inutile de reproduire ici ces dispositions (1). Nous nous bornerons à constater que cette nouvelle législation a augmenté les cas de divorce dans une notable proportion, comme le prouvent les chiffres suivants : il a été prononcé par le tribunal civil : en 1870, 6 divorces ; en 1871, 10 ; en 1872, 16 ; en 1873, 18 ; en 1874, 17 ; en 1875, 29 ; en 1876, 66 ; en 1877, 54 ; en 1878, 73. On remarquera qu'en 1876, année de la mise en vigueur de la loi nouvelle, les nombre des divorces s'est élevé de 28 à 66.

Le canton de Saint-Gall a imité l'exemple de celui de Genève et en exécution de la loi fédérale du 24 décembre 1874, il a été promulgué, à la date du 27 novembre 1878, une loi obligatoire dans l'étendue de son territoire sur la procédure dans les contestations relatives au mariage et sur les effets du divorce. Nous nous garderons de rapporter cette loi dans ses nombreux détails (2) ; mais il nous a paru utile d'en relever les particularités les plus importantes, car cette loi offre certainement plus d'originalité que celle du canton de Genève.

L'action en divorce, comme celle en nullité de mariage, doit être précédée d'une tentative de conciliation ; elle est à cet effet portée en premier lieu devant le bureau de conciliation (Vermittleramt) du domicile du mari (art. 1er) (3). Les époux doivent, s'ils demeurent

(1) On trouvera le texte de cette loi dans l'*Annuaire de la Société de Législation comparée*, 1877, p. 572.

(2) On trouvera la traduction complète de cette loi dans l'*Annuaire de la Société de Législation comparée*, année 1879, p. 595.

(3) Si le mari n'est pas domicilié en Suisse, l'action peut être portée au lieu de bourgeoisie ou au lieu du dernier domicile du mari en Suisse (art. 43 de la loi fédérale sur l'état civil et le mariage).

dans le canton et s'ils n'en sont empêchés ni par la maladie, ni par une absence prolongée, comparaître en personne devant le bureau de conciliation ; la femme toutefois peut être assistée d'un tuteur (art. 2). Si la conciliation réussit, il en est fait mention sur un procès-verbal, qui doit être signé des époux. Si l'essai de conciliation n'aboutit pas, mais que les époux se mettent d'accord, pour le cas où la séparation ou la nullité du mariage seraient déclarées sur les conséquences du divorce ou de la déclaration de nullité du mariage (garde des enfants, etc.), il est fait mention de ces conventions sur le procès-verbal qui doit être également signé par les époux. Quant à la femme, toutefois, l'accord sur les conséquences du divorce ou de la déclaration de la nullité du mariage a besoin d'être approuvé par l'autorité tutélaire (art. 4). Le bureau de conciliation est tenu de renvoyer le procès devant le tribunal de district toutes les fois que le défendeur n'a pas comparu, quoique valablement assigné ou si l'accord n'a pas pu se faire entre les époux, ou enfin quand le divorce est demandé pour des causes qui excluent d'avance une réconciliation (par exemple, maladie mentale, lieu de domicile inconnu). D'un autre côté, la tentative de conciliation est supprimée et le procès est directement porté devant le tribunal cantonal : si les deux parties y consentent ; si, en cas d'absence de l'un des époux, l'autre le requiert (art. 5).

Les débats ont lieu à huis clos. Les parties doivent être présentes ; elles ne peuvent se dispenser de venir que pour cause de maladie, ou avec le consentement exceptionnel du président. On se passe aussi nécessairement de la présence de l'époux contre lequel le divorce est demandé pour cause d'absence prolongée. Il

n'est pas permis de se faire représenter par mandataire, sauf exception pour le tuteur (art. 10).

On peut appeler des jugements des tribunaux de district devant le tribunal cantonal. S'il n'est pas interjeté appel, le jugement acquiert force de chose jugée après le délai de vingt jours fixé pour le recours au tribunal fédéral (art. 17). Le recours en cassation est toujours exclu; par contre, celui du « droit nouveau » est admis en ce qui concerne les suites du divorce; mais, quant au divorce même, le recours n'est autorisé que dans le cas où l'un ni l'autre des époux ne s'est remarié dans l'intervalle. Un jugement nouveau doit, dans tous les cas, être rendu si une partie peut prouver qu'elle n'a pas reçu l'assignation pour comparaître devant le tribunal, ou qu'elle s'est trouvée dans l'impossibilité d'y donner suite (art. 19).

La femme divorcée garde le droit de bourgeoisie acquis par le mariage; mais elle perd le nom de famille de son mari (art. 21). En général, elle peut exiger la restitution immédiate des biens qu'elle a apportés en mariage. Il en est toutefois autrement si ces biens sont placés dans une industrie d'où ils ne pourraient être retirés sans causer au mari un grave préjudice; dans ce cas, des délais convenables sont fixés pour la remise des biens de la femme, suivant l'appréciation du juge, avec ou sans caution (art. 22). Chaque époux doit restituer les cadeaux de fiançailles et de noces, ainsi que les biens donnés pendant le mariage, si toutefois ils existent encore en nature dans le patrimoine du donataire. Les autres cadeaux de noces se partagent en parties égales entre les deux époux, à moins qu'ils n'aient été reçus de parents ou amis propres à l'un d'eux (art. 23). Si le divorce est prononcé par la faute princi-

pale ou exclusive du mari, la femme a droit, outre la restitution de ses biens, à une indemnité. Cette indemnité consiste en un capital, une fois versé ou en arrérages périodiques, suivant les circonstances. Si le divorce est prononcé contre la femme et par sa faute, le mari a également droit à une indemnité de la part de celle-ci (art. 24). Le montant de l'indemnité est réglé d'après la faute personnelle, en proportion du préjudice causé par la séparation à l'époux innocent et aux enfants, en tenant compte de la fortune de l'époux coupable et des besoins réels de son conjoint (art. 25). Lorsque les ressources de l'époux coupable ne suffisent pas pour le moment pour attribuer à l'autre époux une indemnité convenable, le tribunal doit alors, dans le jugement qui prononce le divorce, réserver à l'époux innocent ou moins coupable le droit de demander une élévation de l'indemnité, si les circonstances viennent à changer et si l'époux coupable devient plus riche par héritage ou autrement. Mais si cette réserve avait été omise dans le jugement, il serait absolument impossible de demander plus tard un supplément de dommages-intérêts (art. 26). Lorsque l'indemnité consiste en prestations périodiques, elle cesse d'être due dès que l'époux innocent ou moins coupable se remarie (art. 27). Les dispositions relatives au sort des enfants n'offrent rien de particulier : les enfants sont remis à celui des deux époux qui présente le plus de garantie ou même partagés entre eux d'après les circonstances, et les tribunaux peuvent toujours modifier leurs décisions sur ce point si l'intérêt des enfants l'exige (art. 28).

La loi étend au profit de l'époux de bonne foi, en cas d'annulation d'un mariage, les dispositions établies au profit de celui qui a obtenu le divorce (art. 33). Elle

s'occupe aussi de la rupture injuste des fiançailles dont elle reconnaît, comme on le voit, la validité. Si, pendant les fiançailles, une des parties se dédit de la promesse de mariage faite par elle ou annoncée suivant les formes légales, sans qu'il y ait faute du côté de l'autre partie, cette dernière a le droit d'intenter une action en indemnité, pourvu toutefois que la promesse de mariage passée entre personnes qui n'ont pas encore atteint l'âge de vingt ans ait été faite avec le consentement de la personne investie de la puissance paternelle et qu'il n'existe pas d'empêchement légal à la conclusion du mariage. On soumet aussi à l'obligation de payer des dommages-intérêts le fiancé qui a caché l'existence d'un empêchement au mariage connu de lui à l'époque de la conclusion des fiançailles.

E. Autriche (1).

C'est en Autriche que la législation du mariage a le plus souvent changé depuis le commencement de ce siècle. Le code civil de 1811 n'ose pas encore proclamer le mariage civil, mais il commence déjà à empiéter sur le droit canonique ; il réglemente lui-même le mariage. Les fiançailles sont supprimées (art. 45) ; le consentement du père est exigé pour le mariage des mineurs (art. 49) ; ce sont là des dispositions contraires au droit canonique. Le mariage continue à être célébré à l'église, après publications de bans faites par le curé. Si l'union doit se former entre catholiques et non-catholiques, elle est célébrée par le prêtre catholique ; mais le ministre de la confession dissidente a le droit d'y assister (art. 79). Les causes de nullités sont déterminées par le code civil qui d'ailleurs se conforme le plus souvent à la loi de l'Eglise et les procès en nullité sont enlevés aux juridictions ecclésiastiques. Le curé est officier de l'état civil et, comme tel, il peut refuser

(1) Cpr. Michel, *Beitrage zur Geschichte des oesterrischen Eherechts*. — Rittner, *Oesterreichisches Eherecht*. — Fuchs, *Das Ehehinderniss der bestehenden Ehebandes nach osterreichischem Rechte und seine Umgehung*.

Voy. aussi : Etude sur la loi autrichienne du 25 mai 1868 réglant les mariages mixtes, dans la *Revue de droit international*, I, 384 à 388 et 391. — Etude de la loi autrichienne du 9 avril 1870 sur le mariage des dissidents dans la même *Revue*, IV, 64. — Auch Einiges uber die « siebenburger Ehen » par Rittner dans l'*Allgemeine osterreichische Gerichts-Zeitung*, dans les numéros des 3 et 6 février 1880.

le mariage. Toutefois les futurs époux ont le droit de porter l'affaire devant la juridiction civile qui décide si le curé a eu tort ou raison. Le code civil autrichien fait, comme on le voit, du mariage une institution mixte, à la fois civile et religieuse, mais en accordant la plus grande part au pouvoir temporel. Aussi l'Eglise se plaignit longtemps de cet état de choses et elle finit par faire écouter ses plaintes. A la suite du concordat, une patente et une loi du 8 octobre 1856 (1) ont purement et simplement reconnu tous les principes du droit canonique et rendu force de loi aux décrets du concile de Trente pour les mariages des catholiques ; des tribunaux ecclésiastiques spéciaux ont été créés ; les mariages entre catholiques et personnes d'une autre confession n'ont plus été tolérés qu'à la condition de stipuler que les enfants à naître du mariage seraient élevés dans la religion catholique.

Le parti libéral accusa ces dispositions d'appartenir à un autre âge, et, en 1868, il finit par triompher des résistances du gouvernement. Cette année 1868 a été, pour l'Autriche, le point de départ de réformes fondamentales qui semblent avoir ouvert une ère nouvelle.

Une loi du 21 décembre a proclamé les droits généraux (Grundrechte) des citoyens : égalité devant la loi ; inviolabilité de la propriété, du domicile et du secret des lettres ; liberté de la presse, d'association ; aptitude de tous les nationaux à toutes les fonctions publiques, alors que précédemment les fonctions judiciaires étaient interdites aux israélites ; libre circulation des personnes et des biens dans tout le territoire, ce qui abroge

(1) Voy. le texte dans *Manz'sche Taschenausgabe der œsterreichischen Gesetze*, II, p. 347.

les règlements interdisant aux israélites de s'établir dans certaines villes de la Gallicie ; faculté reconnue au pouvoir civil de limiter, par des motifs d'intérêt public, le droit, pour les établissements de mainmorte, d'acquérir des immeubles et d'en disposer (1) : liberté de conscience, et, comme conséquence, suppression de toute forme religieuse dans le serment ; liberté de l'enseignement, lequel est donné sous la direction ou la surveillance de l'Etat (2).

La reconnaissance des principes sur lesquels est fondée la société moderne nécessitait une réforme dans la législation du mariage. Deux lois du 25 mai 1868 ont déterminé les rapports interconfessionnels des citoyens et réglementé le mariage.

La première de ces lois supprime l'obligation de promettre, dans les mariages mixtes, que les enfants seront élevés dans la religion catholique. A l'avenir les fils suivront la religion du père et les filles celle de la mère, les époux étant libres, d'ailleurs, d'établir sur ce point des conventions contraires, avant ou pendant le mariage. A partir de quatorze ans, toute personne a le droit de choisir la religion à laquelle elle veut appartenir. Cette même loi exige que toute personne sortant d'une communauté religieuse en informe l'autorité administrative : elle abroge la disposition du code civil de 1811 (art. 768) d'après laquelle le fait de quitter le christianisme constituait une cause d'exhérédation et aussi celle qui déclarait coupable de délit toute personne qui

(1) Cette disposition, empruntée à l'art. 42 de la constitution prussienne, a soulevé les plus vives réclamations de la part des défenseurs de l'Eglise.

(2) Cette disposition a enlevé à l'Eglise le monopole de l'enseignement. Aussi le clergé, qui a demandé chez nous la liberté de l'enseignement, s'y est opposé de toutes ses forces en Autriche.

aurait essayé de faire changer un chrétien de religion ou de répandre des erreurs contraires à la religion chrétienne ; enfin, elle impose à toute communauté religieuse l'obligation d'accorder une sépulture convenable dans son cimetière aux restes d'une personne appartenant cependant à un autre culte, dans deux cas : s'il s'agit de les déposer dans un caveau de famille ou lorsque le décès a eu lieu ou que le cadavre a été trouvé sur le territoire d'une commune qui ne possède pas de cimetière pour les coreligionnaires du défunt.

Ces réformes si profondes font prévoir la séparation du mariage civil et du mariage religieux. Cependant le législateur autrichien n'a pas encore osé prendre cette grave mesure. La seconde loi du 25 mai 1868, sur le mariage, a bien abrogé celle de 1856 qui avait remis en vigueur les dispositions du concile de Trente : elle a supprimé la compétence des tribunaux ecclésiastiques, qui ont été remplacés par les tribunaux civils matrimoniaux ; mais elle s'est ensuite bornée à remettre en vigueur le code civil de 1811 qui, nous l'avons vu, unit le mariage religieux et le mariage civil d'une manière indivisible.

Le mariage conserve donc encore aujourd'hui son caractère mixte, à la fois civil et religieux. Toutefois, le législateur de 1868, prévoyant de nouvelles exigences de la part de l'Eglise, a imaginé d'introduire le mariage civil nécessaire (Nothcivilehe) qui n'existait pas dans le code de 1811.

Lorsque le prêtre refuse son ministère à cause de l'existence d'un empêchement non reconnu par la loi civile, les futurs époux peuvent s'adresser à l'autorité civile, qui publie leurs bans et les marie civilement (1).

(1) « Lorsqu'un des pasteurs, porte l'article 2 de la loi, chargés

Le mariage civil est entré dans la législation autrichienne, mais comme un véritable pis-aller. La chambre des députés avait demandé une innovation plus radicale : elle réclamait l'établissement du mariage civil tel qu'il existe en France. Le gouvernement ne s'est pas montré favorable au projet. Le mouvement législatif ne s'est toutefois pas arrêté depuis 1868. Une loi du 9 avril 1870 s'est occupée des mariages des dissidents, c'est-à-dire de ceux qui n'appartiennent à aucun des cultes reconnus par l'Etat; elle établit, à leur profit, le mariage civil obligatoire devant le chef de district ou l'autorité communale. Cette loi a permis de tourner la disposition de l'article 64 du code civil qui défend le mariage entre chrétiens et non chrétiens. C'est ce qu'à révélé M. Felder, bourgmestre de Vienne, dans une discussion récente à la chambre des seigneurs à propos d'une nouvelle réforme du mariage. Depuis la mise en vigueur de la loi de 1870, le nombre des mariages civils célébrés à Vienne a été de 393 jusqu'en 1876 ; sur ce nombre, 379 mariages ont eu lieu entre chrétiens et non chrétiens qui ont déclaré n'appartenir à aucune religion pour échapper à la prohibition du code civil. Ne serait-il pas plus simple de supprimer cette prohibition ? On l'a proposé en 1876, mais nous verrons bientôt que le projet de loi sur le mariage, voté à cette époque par la chambre des députés, a été repoussé à la chambre des seigneurs.

aux termes du code civil général, de la publication des bans de mariage, refuse de s'en charger ou lorsqu'un des pasteurs chargés de recevoir la déclaration solennelle du consentement et devant lequel les fiancés se sont présentés dans ce but, refuse d'accepter la déclaration solennelle du consentement au mariage, pour une cause d'empêchement qui n'est pas reconnue par la loi de l'Etat, il est loisible aux fiancés de réclamer la publication de leurs bans par l'autorité civile et de faire devant celle-ci la déclaration de leur volonté commune de s'unir. »

Quant aux catholiques, le code autrichien déclare le mariage indissoluble ; il suffit même que l'un des deux époux appartienne à la religion catholique au moment du mariage pour que le divorce soit exclu (art. 111). C'est au moment du mariage que l'on se place, à l'effet de connaître la religion des époux. Ainsi l'époux qui, catholique à ce moment, change plus tard de religion, ne peut cependant pas divorcer (Décision ministérielle du 14 juillet 1864) (1). A défaut du divorce, le code autrichien admet la séparation de corps et il permet même la séparation volontaire, comme le code civil italien. Cette dernière ne dépend que du consentement des époux ; ceux-ci ne sont pas même tenus de faire connaître les motifs qui les décident à y recourir. Toutefois cette séparation volontaire est soumise à certaines formalités. Il faut qu'elle soit demandée au tribunal ; les parties doivent comparaître en personne ; le tribunal s'efforce de les détourner de leur projet, mais si les époux persistent, le tribunal est obligé, sans avoir le droit d'ordonner aucune autre mesure d'instruction, d'autoriser la séparation. Il l'inscrit sur ses registres et veille aux intérêts des enfants (art. 106).

Autrefois, avant de former leur demande à la justice, les parties devaient comparaître à trois reprises devant leur curé qui essayait de les réconcilier, et ce n'était qu'avec un certificat du curé constatant l'accomplissement de ces formalités, que les époux pouvaient se présenter devant le tribunal ; mais cette disposition de l'article 104 a été abrogée par la loi du 31 décembre 1868, en ce sens que ces formalités préliminaires

(1) Voyez sur cette question et dans ce sens un arrêt de la Cour suprême rapporté par le *Journal de droit international privé*, 1877, p. 71.

sont devenues purement facultatives. L'époux mineur ou en curatelle peut aussi consentir à la séparation conventionnelle, mais il faut l'autorisation de son tuteur ou du tribunal des tutelles pour le règlement des intérêts pécuniaires des époux, de leur entretien et de l'éducation de leurs enfants (art. 106).

La séparation de corps forcée, peut être demandée si l'autre époux s'est rendu conpable d'adultère ou d'un crime ; s'il a abandonné son conjoint d'une manière coupable ; pour attentat, sévices, injures graves ; pour dilapidation de la fortune de son conjoint; pour atteinte aux bonnes mœurs de la famille ; pour vices corporels invétérés et susceptibles de contagion (art. 109).

Pendant la durée du procès, la justice peut autoriser les époux à cesser la vie commune et la Cour suprême a même validé une convention de ce genre intervenue entre mari et femme (1). Les époux séparés de corps peuvent toujours se réunir de nouveau ; ils doivent seulement donner avis au tribunal qui a prononcé la séparation.

Le code autrichien permet aux époux non catholiques de divorcer; il suffit que les deux époux aient été étrangers à la religion catholique au moment du mariage. Ainsi, un époux non-catholique peut demander le divorce bien que son conjoint soit devenu catholique depuis le mariage (art. 116) ; mais celui-ci n'aurait pas ce droit, car le mariage est indissoluble pour les catholiques.

Les causes du divorce sont : l'adultère ; la condamnation à la kerkerstraf (2), pendant cinq ans au moins ou à une peine supérieure ; l'abandon du domicile

(1) Voyez le *Journal de droit international privé*, 1876, p. 55.
(2) Cette peine correspond à notre réclusion et à nos travaux forcés.

conjugal par l'autre conjoint, dont la résidence est inconnue et qui n'a pas reparu dans le délai d'un an à partir de la sommation judiciaire publique qui lui a été faite ; les attentats, sévices et injures graves ; l'aversion invincible. Mais, dans ce dernier cas, le divorce doit être précédé de plusieurs séparations de corps et réunions successives qui prouvent que l'aversion est insurmontable.

Les contestations relatives à la séparation de biens et à l'entretien des enfants sont jugées en la forme ordinaire. Pendant l'instance, il faut accorder une provision alimentaire à la femme et aux enfants (art. 117). En cas de divorce, l'époux coupable perd les avantages résultant des pactes successoraux, tandis que l'époux innocent les conserve pour le cas de survie. Mais le divorce fait cesser les droits de succession légitime, même aux dépens de l'époux innocent (art. 1266). Les époux divorcés peuvent se remarier entre eux ou avec d'autres ; toutefois, même lorsqu'ils se marient entre eux, il y a là un nouveau mariage soumis à toutes les solennités ordinaires (art. 118). Par exception, le mariage est prohibé, à peine de nullité absolue, avec la personne qui a été cause du divorce pour adultère, attentat ou tout autre fait puni par la loi (art. 119).

Le code autrichien contient quelques dispositions spéciales et curieuses relatives au divorce des Juifs. Les époux peuvent divorcer d'un commun accord, à la condition de se présenter préalablement devant le rabbin qui essaie de les réconcilier. Si celui-ci ne peut y parvenir, il leur délivre un certificat constatant que leur détermination n'a pu être changée. Munis de ce certificat, les époux se présentent devant le tribunal qui, s'il y a quelque espoir de réconciliation, les ren-

voie à deux ou trois mois. Dans le cas contraire, le tribunal autorise le divorce qui se fait sous forme de lettre remise par le mari à sa femme. L'envoi et l'acceptation de la lettre de divorce ne peuvent avoir lieu par l'intermédiaire d'un mandataire, sauf le cas où l'un des époux a, depuis le mariage, embrassé la religion chrétienne; l'époux devenu chrétien peut se faire représenter par un israélite (art. 134). Le divorce n'est admis pour cause déterminée entre israélites qu'autant qu'il y a eu adultère de la femme (1). Le mari a le droit d'envoyer à sa femme une lettre de divorce, après avoir porté sa demande devant le tribunal (art. 135). Les époux israélites peuvent, s'ils le préfèrent, se séparer de corps au lieu de divorcer et la séparation de corps devient même leur seule ressource du moment que la loi ne permet pas le divorce entre eux (art. 132).

Toutes les fois qu'il y a eu divorce, entre époux quelconques, la femme, si elle est enceinte, ne peut pas se remarier avant sa délivrance ; quand on croit seulement qu'elle se trouve en état de grossesse sans en avoir la certitude, elle doit attendre six mois au moins avant de se remarier, sauf le droit pour le tribunal d'accorder une dispense à la femme et de lui permettre de se remarier au bout de trois mois. Mais si la femme ne paraît pas enceinte, elle peut se marier de suite (art. 120). Dans les cas où la femme se remarie avant l'expiration des délais légaux, son mariage n'est pas nul, mais elle encourt ainsi que son mari, certaines pénali-

(1) En tenant compte des prescriptions religieuses, le code civil autrichien s'est montré plus sévère pour les époux israélites que pour les autres époux non-catholiques ; nous avons vu, en effet, qu'à l'égard de ces derniers il n'y a pas lieu de distinguer entre l'adultère de la femme et celui du mari et qu'il existe, en outre, d'autres causes de divorce.

tés édictées par le code pénal, et, de plus, elle perd tous les avantages stipulés en sa faveur dans le contrat de mariage ou dans le contrat successoral. De son côté, le mari est privé du droit de demander la nullité du mariage, même si sa femme lui a dissimulé sa grossesse, car il est en faute de n'avoir pas attendu l'expiration du délai légal (art. 121). Quand on ne peut pas savoir si l'enfant est du premier ou du second mari, on lui nomme un curateur pour la défense de ses droits (art. 121).

Telle est la législation actuellement en vigueur en Autriche pour le mariage et le divorce. Tout récemment on a proposé une réforme considérable, bien plus grave encore que les précédentes. Mais cette réforme, adoptée par la chambre des députés, n'a pu triompher de la résistance qu'elle a rencontrée devant la Chambre des seigneurs. En 1874, sur la proposition du député Kopp et de quelques-uns de ses collègues, une commission fut chargée de préparer un projet de loi relatif au mariage et sur la tenue des registres de l'état civil. Cette commission fut d'avis de réglementer le mariage sans se préoccuper de la religion des époux ; c'était proposer le mariage civil. Ce projet souleva de tels orages, que la commission crut prudent de se borner à réclamer, pour le moment, la modification de quelques dispositions du code civil. Le nouveau projet qui fut présenté portait seulement : suppression de l'empêchement de mariage entre chrétiens et non chrétiens (1) à cause de la différence de religion; restriction à l'empêchement de mariage fondé sur l'entrée dans les ordres ou dans un monastère (2) ; en outre, il modifiait

(1) Voyez l'art. 64 du code civil.

(2) Aujourd'hui cet empêchement est perpétuel, tandis que, d'après

aussi quelques dispositions relatives au divorce. Nous avons vu que, d'après la loi actuellement en vigueur, le divorce ne peut être demandé que si l'un des deux époux était catholique à l'époque de la célébration du mariage.

Des décrets du 26 août 1814 et du 17 juillet 1835 disposent que les non-catholiques divorcés ne peuvent se remarier qu'avec des non-catholiques. Ils n'auraient le droit d'épouser des catholiques qu'autant que le conjoint du premier mariage serait décédé. Le projet de loi proposait de supprimer cet empêchement de mariage qui existe aujourd'hui entre un catholique et un non-catholique divorcé; il voulait, de plus, que l'on s'attachât à l'avenir, à la religion des époux au moment de la demande en divorce, pour savoir si celle-ci devait être accueillie, sans se préoccuper du culte auquel ils appartenaient, l'un ou l'autre, à l'époque du mariage. Si ce projet avait réussi, l'époux, catholique au jour du mariage, aurait pu divorcer plus tard en changeant de religion.

Ce projet de loi a été adopté en troisième lecture par la Chambre des députés dans la séance du 10 février 1876, par 101 voix contre 52. La commission de la Chambre des seigneurs proposa de restreindre la loi à la modification de l'empêchement de mariage résultant de la prêtrise ou de la vie monastique et à la suppression de l'empêchement qui existe entre non-catholiques divorcés et catholiques. Même ainsi réduit, le projet fut attaqué violemment devant la Chambre haute. Les uns lui ont reproché de porter atteinte aux prérogatives de l'Eglise catholique, aux bonnes mœurs et à la sain-

ce projet de loi, il aurait cessé par la renonciation à la prêtrise ou par l'abandon de la vie monastique.

teté du mariage; les autres ont prétendu que le projet de loi était insuffisant, qu'il aurait dû organiser le mariage civil d'une manière complète. C'est la coalition de ces deux partis extrêmes qui a amené le rejet de la loi (1).

A ce propos on a avancé contre l'indissolubilité du mariage en France des allégations aussi injustes que fausses. M. le baron de Hye n'a pas craint d'affirmer « que l'adultère est justifié et approuvé, même glorifié en France, comme il ne l'est dans aucun pays du monde, et cela parce qu'on sait qu'il constitue le seul moyen de se soustraire au redoutable lien de l'indissolubilité. » Cette opinion est partagée par un certain nombre d'étrangers qui croient connaître la France et les mœurs de nos familles lorsqu'ils ont lu quelques-uns de nos romans. Avant de se permettre de semblables allégations, ils devraient essayer de pénétrer en France dans la vie de famille. Il n'est pas possible de s'en former une plus fausse idée qu'en lisant les œuvres de nos romanciers et celles de nos auteurs dramatiques. Nous sommes les propres auteurs de notre mauvaise réputation à l'étranger; nos littérateurs s'attachent, dans leurs œuvres, à peindre en laid la société française et à la montrer sous un jour absolument faux (2). Il en est des nations comme des individus, on

(1) Ces questions ont été aussi agitées au parlement hongrois, mais sans plus de résultat. Voy. *Annuaire de la Société de législation comparée,* 1876, p. 530. — Il ne faudrait pas croire que la question du divorce et du mariage civil ait été écartée. Elle reparaîtra incessament en Autriche. Déjà en Hongrie, dans sa séance du 18 août 1880, la chambre des députés a voté la proposition suivante : « Le ministre de la justice est invité à présenter en temps utile, pour que la loi puisse entrer en vigueur avant la fin de la législature actuelle, un projet de loi sur le mariage civil. »

(2) Lady Augusta Cadogan nous a rendu meilleure justice dans un article qu'a récemment publié le *Macmillan Magazine* sous le titre de *La grande dame sous l'ancien régime.*

prend les gens pour ce qu'ils se donnent. D'où vient à l'Angleterre sa réputation universellement établie de nation morale, de peuple à principes? Les auteurs anglais emploient des procédés absolument opposés aux nôtres; ils exagèrent les qualités de leurs concitoyens et dissimulent leurs vices.

Il sied d'autant moins aux jurisconsultes et aux hommes politiques de l'Autriche de nous critiquer, qu'il se passe chez eux des faits vraiment extraordinaires et qu'il est curieux de relever pour montrer avec quelle désinvolture les époux catholiques se jouent de la loi civile ou du code pénal pour divorcer comme les autres. Nous avons vu que le code civil (art. 111) déclare indissoluble le mariage, dès que l'un des époux professe la religion catholique au moment de la célébration, lors même que cet époux changerait plus tard de religion. En sens inverse, on s'en souvient, d'après l'article 116, le divorce est admis du moment que l'un ni l'autre des époux n'était catholique au moment de la célébration, lors même que l'un d'eux aurait plus tard changé de religion. Il va sans dire que, si ces deux époux ont embrassé la religion catholique après leur mariage, ils ne peuvent pas divorcer, car le mariage est indissoluble pour les catholiques; mais si l'un des deux a embrassé cette religion, rien ne s'oppose à ce que l'autre, resté non catholique, demande et obtienne le divorce qui vaut comme séparation de corps pour l'époux resté catholique.

Telle est la loi civile. Le code pénal ajoute des sanctions rigoureuses dans son article 507 contre les époux catholiques qui se rendent à l'étranger pour y tourner la prohibition du divorce.

Malgré toutes ces précautions, les époux catholiques

parviennent néanmoins à divorcer sans encourir les rigueurs de la loi pénale. Voici comment ils procèdent. Il faut, avant tout, remarquer que les lois civiles de la Hongrie sont différentes de celles de l'Autriche (1). En particulier, pour savoir si un mariage est dissoluble ou indissoluble, on ne se reporte pas, comme en Autriche, au moment de la célébration et on ne recherche pas quelle était à cette époque la religion des époux; la loi hongroise se place, ce qui est beaucoup plus logique, au moment de la demande en divorce, et si l'époux demandeur n'est pas catholique, elle l'autorise à divorcer sans rechercher à quelle religion appartient son conjoint ou s'il a lui-même changé de religion depuis son mariage. Grâce à ces différences, les époux autrichiens catholiques parviennent à divorcer en changeant de religion et de nationalité. Presque toujours les deux époux entre lesquels la vie commune est devenue insupportable, s'entendent pour recourir au procédé que leur offre la loi hongroise de recouvrer l'un et l'autre leur liberté. Ils commencent par demander leur séparation de corps à la justice autrichienne qui la prononce; ils changent ensuite tous deux de religion et se font, par exemple, protestants; puis ils adoptent la nationalité hongroise qui leur est conférée avec la plus grande facilité, à ce point que la plupart d'entre eux continuent à résider en Autriche, tout en devenant hongrois. Ainsi métamorphosés, ces époux autrefois autrichiens et catholiques, aujourd'hui hongrois et protestants, font convertir leur séparation de corps en divorce par la juridiction protestante de la Hongrie et leur lien conjugal est définitivement rompu. On remarquera

(1) On en trouvera l'exposé dans l'ouvrage précité de Fuchs.

qu'il n'est pas nécessaire pour arriver à ce résultat, d'aller s'établir en Hongrie d'une manière définitive; rien ne s'oppose à ce qu'on reste en Autriche avec sa nationalité et sa religion nouvelle. On évite même ainsi plus sûrement encore le code pénal qui défend de se rendre à l'étranger pour faire dissoudre son mariage. Il paraît que les pasteurs de la Hongrie donnent une délégation aux pasteurs protestants établis à Vienne ou même dans d'autres villes de l'Autriche pour y célébrer les nouveaux mariages que peuvent contracter ces époux sans aucun souci du code civil et du code pénal autrichiens. On se préoccupe beaucoup en ce moment en Autriche de ces mariages dits transylvaniens, « *Siebenburgen Ehen*, » parce qu'ils sont ordinairement célébrés ou préparés dans cette partie de la Hongrie qui est la plus rapprochée de l'Autriche. Au dire de Fuchs, il n'y a pas moins de deux cents ménages qui, à Vienne, ont employé ces procédés pour dissoudre leurs mariages et en contracter de nouveaux. On en cite aussi des exemples à Prague et à Gratz (1).

(1) La validité de ces mariages transylvaniens a été contestée dans deux cas. Nous avons supposé jusqu'à présent que les deux époux autrichiens catholiques disposés à divorcer étaient d'accord pour changer de domicile, de religion et de nationalité. Mais que décider, si tout en devenant hongrois et non catholiques, ils restent pourtant domiciliés en Autriche? On a voulu prétendre qu'en pareil cas, leur nouveau mariage est nul, la capacité des époux devant s'apprécier d'après la loi de leur domicile. Or le code civil autrichien veut que les époux catholiques au moment de leur mariage ne puissent pas divorcer. La solution contraire qui détermine la capacité des époux à contracter mariage d'après la loi de leur nationalité sans se préoccuper de la loi de leur domicile, me paraît bien plus conforme aux véritables principes du droit international privé. La validité de ces mariages transylvaniens est plus sérieusement contestable lorsqu'un seul des époux change de religion et de nationalité et obtient son divorce des tribunaux transylvaniens sans même mettre en cause son conjoint resté catholique et autrichien. On pourra consulter sur ces questions controversées les intéressantes dissertations déjà citées de Fuchs et de Rittner.

PAYS SLAVES

A. Russie (1).

Quoique la Russie soit restée jusqu'au commencement du siècle dernier en dehors du mouvement politique et social des nations de l'Europe occidentale, cependant, sous l'influence du christianisme, elle a passé par des phases assez semblables à celles que l'on retrouve dans les autres Etats. Ainsi, avant l'introduction du christianisme en Russie au treizième siècle, la famille était régie par les usages. Mais l'Eglise modifia profondément l'ancienne organisation de la famille; elle eut ses tribunaux, et ceux-ci, sous prétexte de religion, touchèrent à plus d'un ancien usage. Mariage, rapports entre époux, puissance paternelle, tutelle, toutes ces institutions se modifièrent sensiblement sous l'influence du droit gréco-romain. La prépondérance de

(1) Cpr. Jay. *Le mariage d'après la législation russe*; Revue historique, II, 626. — Grosspiatsch. *Les usages matrimoniaux du peuple russe des campagnes* (en allemand), dans le 6e volume de la *Russische Revue.* — Eviazariantz, *Le mariage chez les montagnards du Caucase,* dans la Jouridiceski Vêstnik (Le messager juridique), 10e année. — Smirnon, *Usages et cérémonies du mariage chez le peuple russe,* même revue, même année. — Sur le mariage dans le plus ancien droit de la Russie, voyez Ewers *Das alteste Recht der Russen,* p. 105.

l'Eglise se perpétua jusque sous le règne de Pierre le Grand. Ce prince maintint le droit canonique et respecta les tribunaux ecclésiastiques en matière de mariage, mais toutes les autres parties du droit civil relatives à la famille furent de nouveau soumises aux lois russes sous l'autorité des tribunaux laïques.

Tel est encore aujourd'hui le caractère du droit privé en Russie. Le mariage est, en la forme, un contrat religieux, mais la partie du *zvod* ou digeste des lois russes consacrée au droit civil détermine ses effets et même quelques-unes de ses conditions. Les principes du *zvod* relatifs au mariage et à certaines causes de divorce étonnent souvent au premier abord. Pour les comprendre, il faut connaître les régimes auxquels sont soumises les différentes religions en Russie. C'est aussi le moyen de se rendre compte de l'importance de l'introduction, dans ce pays, du mariage civil au profit des sectaires.

A côté de l'Eglise orthodoxe, tous les cultes tolérés ont une situation légale; mais le gouvernement ne reconnaît, ne garantit et ne subventionne un culte qu'autant qu'il se plie au régime autocratique et à l'organisation synodale, qui est celle de l'Eglise orthodoxe. Sous cette condition, le gouvernement russe se montre aussi large que celui des Etats-Unis ; il reconnaît toutes les religions, même l'islamisme, même le boudhisme. Cette nécessité d'une forme synodale convient très bien à l'Eglise protestante; mais l'Eglise catholique s'en accommode fort mal. Aussi Rome et la Russie n'ont pas encore pu trouver de base d'entente, et l'Eglise catholique n'est pas garantie en Russie par un concordat. Le gouvernement a mis à sa tête un collége ecclésiastique, sorte de synode siégeant à Saint-Pétersbourg,

que la cour de Rome a la sagesse de tolérer, mais en se plaignant de ce que ce synode enlève aux évêques la direction de leurs diocèses, et surtout en protestant contre l'ingérance de l'empereur, qui prétend administrer l'Eglise romaine comme les autres.

Les cultes dissidents comptent en Russie un grand nombre d'adhérents; à l'ouest des protestants, en Finlande et dans la Baltique des catholiques, en Pologne et en Lithuanie des juifs avec des catholiques, à l'est des musulmans et même des païens. Mais au milieu de tous ces cultes, l'Eglise orthodoxe, avec son caractère national, jouit de priviléges exorbitants. Ainsi, seule, elle a le droit de faire des prosélytes. Chacun est maître de demeurer dans la religion de ses pères, et chaque religion est libre dans l'enceinte de ses propres limites; mais il lui est interdit de les franchir. Il est permis de sortir de toutes les religions, excepté de la religion orthodoxe, mais à la condition d'entrer dans l'Eglise nationale. Quant aux orthodoxes, il leur est absolument interdit de changer de culte. C'est un délit d'engager à quitter la foi orthodoxe ou de détourner de l'embrasser. Les dissidents n'ont même pas le droit de faire des prosélytes les uns chez les autres : un juif, un mahométan, un païen ne peuvent entrer dans le christianisme que par la religion orthodoxe. La propagande n'est permise qu'à l'Eglise nationale; elle est encouragée par tous les moyens et les membres de la famille impériale y prennent même directement part.

En Russie, le ministre de l'instruction publique est de droit procureur général auprès du saint synode. C'est en cette qualité que le comte Tolstoï vient de publier un rapport sur le mouvement de la population orthodoxe et sur les résultats de la propagande faite en

1879 au nom de l'Eglise officielle. Cette propagande a amené à l'Eglise orthodoxe 9885 nouveaux convertis, gagnés sur les autres confessions et sur les hérésies des autres sectes dissidentes; ces conversions ont coûté 139,000 roubles (1).

Le mariage des orthodoxes est célébré par le prêtre de la religion, en présence de deux ou trois témoins. Les difficultés soulevées par le mariage, demandes en nullité ou en divorce, sont instruites et jugées par les tribunaux ecclésiastiques ; mais ce sont les tribunaux civils qui connaissent des causes concernant les mariages des membres des autres cultes. Ceux-ci se marient suivant les principes de leur loi religieuse, à la condition toutefois de se soumettre, en outre, aux dispositions contenues dans le *zvod*. En cas de mariage entre un orthodoxe et une personne appartenant à une autre confession chrétienne, celle-ci doit s'engager par écrit : à ne pas insulter son conjoint à raison de son orthodoxie ; à ne

(1) Elles n'ont toutefois pas amené l'extinction de la race des sorciers, ni celle des gens qui y ajoutent foi. La province de Samara avait encore tout récemment son sorcier qui vivait en rapport avec le malin esprit et jetait la terreur dans le village d'Ivermouka. Un jour les paysans, fatigués de ses obsessions, se sont assemblés et l'ont assommé; traduits en cour d'assises, ils ont été acquittés. — Voici quelques renseignements tirés du rapport du comte Tolstoï. On compte en Russie cinquante diocèses répartis sur 58 millions d'habitants des deux sexes professant la religion gréco-russe. Le chiffre de la population a baissé depuis deux ans. Le nombre des naissances a diminué à partir de 1877, ce qui s'explique par la guerre, les épidémies et la disette. La Russie orthodoxe possédait, en 1878, 387 couvents d'hommes avec une population de 6,000 moines et 4,000 convers; 164 monastères de femmes, renfermant 4,000 religieuses et 11,000 converses; 37,785 églises desservies par un clergé dont le personnel monte à 98,000 hommes. Les églises entretiennent à leur frais 20 hôpitaux et 607 hospices qui accueillent, tous les ans, 7,000 malades et infirmes, tandis que les couvents, malgré leurs immenses richesses, ne possèdent que 114 hôpitaux où ils soignent à peine 900 malades. Le budget de la religion se partage en trois divisions : propagande et mission, séminaires et écoles religieuses, amélioration du sort du clergé.

jamais essayer de le décider à changer de religion par promesses, menaces, ou autres moyens ; à faire baptiser et élever les enfants qui naîtront du mariage dans la religion orthodoxe. Le prêtre est tenu d'exiger cet engagement avant la célébration du mariage. Dans tous les cas, ces mariages mixtes sont nécessairement célébrés, sur l'autorisation de l'évêque du diocèse, par le prêtre orthodoxe. Ces règles ne comportent exception qu'en Finlande, où les mariages mixtes entre orthodoxes et membres d'une autre confession sont célébrés d'après les règles des deux religions et où les enfants doivent toujours suivre, nonobstant toute stipulation contraire, la religion du père. Entre orthodoxes et non chrétiens, les mariages sont interdits. Parfois un mahométan ou « tout autre idolâtre » se convertit au christianisme ; le mariage antérieurement contracté n'en subsiste pas moins (sans qu'il soit nécessaire ni possible de le faire célébrer une seconde fois à l'Eglise orthodoxe) avec la femme non convertie ; seulement si le néophyte appartenait auparavant à une religion admettant la polygamie, il ne doit conserver qu'une femme. Quand une femme mahométane « ou toute autre idolâtre » reçoit le baptême, son mariage subsiste aussi, mais à la condition que le mari, resté mahométan, prenne les engagements suivants : de faire élever dans la religion orthodoxe les enfants qui naîtront du mariage ; d'éviter la séduction, la violence ou tout autre moyen de les convertir à sa religion ; d'épargner les reproches et les insultes à sa femme à cause de son changement de religion ; d'habiter avec elle tant que durera le mariage et de répudier ses autres femmes. Si le mari ne veut pas souscrire à tous ces engagements, le mariage est dissous et la femme ayant recouvré sa liberté, peut se

marier à un orthodoxe. Quand de deux époux juifs l'un embrasse la religion orthodoxe et que tous deux veulent cependant rester unis, les conditions du maintien du mariage sont encore plus dures : l'époux converti doit s'engager à employer tous les moyens licites pour amener l'autre à changer de religion ; celui-ci, au contraire, promet de n'adresser aucun reproche à son conjoint et de ne rien faire pour décider ses enfants à embrasser le judaïsme.

Les causes de divorce sont beaucoup moins nombreuses dans les lois russes que dans la plupart des législations d'origine germanique (1). Les lois qui resserrent le plus le lien du mariage sont sans contredit celles des peuples latins. C'est dans les lois des peuples germaniques, en mettant l'Angleterre à part, que ce lien se trouve le plus relâché. Les lois slaves tiennent le milieu; elles sont à la fois moins sévères que les premières et beaucoup plus rigoureuses que les secondes. Aussi le divorce n'a jamais donné lieu à aucun abus en Russie. Les lois slaves contiennent même des prohibitions de mariage qui leur sont propres. Il est interdit de se marier à partir d'un certain âge ; les orthodoxes ne peuvent se marier plus de trois fois; le bigame peut, après l'annulation de son second mariage, être replacé dans les liens du premier, si son précédent conjoint y consent; mais dans aucun cas, même après le décès de ce dernier, il ne peut contracter mariage avec une autre personne. D'une manière plus générale, l'époux par la faute duquel un mariage a été dissous n'a jamais le droit d'en contracter un nouveau.

(1) Les dispositions du *svod* relatives aux nullités de mariage et au divorce ont été abrogées par un oukase du 6 février 1850, auquel sont empruntés les développements de ce travail.

Quant au conjoint abandonné par un bigame, il peut se refuser au rétablissement de son mariage et même, avec la permission de l'autorité diocésaine, en contracter un autre. Le même droit appartient à l'époux abandonné, bien que son conjoint n'ait pas contracté une nouvelle union, si celui-ci est resté plus de cinq ans sans donner de ses nouvelles. Cette règle ne s'applique pas toutefois aux militaires des grades inférieurs, placés sous la dépendance de l'administration de la guerre, qui restent pendant plus de cinq ans prisonniers de guerre ou qui, pendant le même laps de temps, sont absents pour cause de guerre sans qu'on ait de leurs nouvelles. Si le mariage de ces personnes est dissous pendant leur absence, il ne leur est pas interdit d'en contracter un autre à leur retour.

Les causes ordinaires du divorce sont réduites à trois :

1° L'adultère de l'un ou de l'autre des époux ;

2° La condamnation de l'un des époux à une peine emportant privation de tous les droits de condition ;

3° L'absence de l'un des époux sans qu'on ait de ses nouvelles (1).

La loi russe exclut formellement le divorce par consentement mutuel : elle défend sévèrement toutes les stipulations qui auraient pour résultat d'y arriver d'une manière plus ou moins indirecte. L'aveu même du défendeur, qui déclare avoir violé la sainteté du mariage par l'adultère, n'est pas pris en considération lorsque cet aveu ne concorde pas avec les circonstances de l'affaire et n'est point appuyé par des preuves qui met-

(1) La loi russe dit aussi que l'impuissance congéniale permet de demander la dissolution du mariage dans les trois ans de sa célébration ; mais comme cette impuissance doit être antérieure au mariage, il s'agit plutôt d'une cause de nullité que d'un cas de divorce.

tent les faits hors de doute. Il est également interdit aux curés et aux vicaires de délivrer des lettres de divorce pour qui que ce soit et sous aucun prétexte, sous peine de privation de leurs fonctions. Toutes ces dispositions ont pour objet de restreindre sévèrement le divorce, qui doit toujours être fondé sur une cause déterminée par la loi et être prononcé par les tribunaux (1). Nous allons reprendre ces différentes causes et compléter nos explications.

En cas de condamnation de l'un des époux à une peine entraînant la privation de tous les droits de condition, l'autre époux peut, au lieu de divorcer, rester avec le condamné et le suivre dans la localité où il subit sa peine. Mais si l'époux condamné encourt plus tard une peine entraînant privation des droits de famille, l'autre recouvre le droit de demander le divorce. Les femmes de ceux qui, après avoir été déportés en Sibérie, en reviennent par grâce du souverain ou par suite d'une nouvelle sentence, restent mariées si, pendant la durée de la déportation, il n'est point intervenu de jugement rendu par l'autorité compétente prononçant la dissolution du mariage et si ces femmes ne l'ont point demandée. Il en est de même des maris dont les femmes ont été condamnées, par jugement, à la déportation en Sibérie, avec privation de tous les droits de condition.

Quand l'un des époux est absent depuis au moins cinq ans sans qu'on ait de nouvelles, l'autre conjoint peut demander le divorce. S'il s'agissait d'un militaire disparu à la guerre, sa femme n'obtiendrait l'autorisation de contracter un nouveau mariage qu'au bout de

(1) Tribunaux ecclésiastiques ou civils selon qu'il s'agit d'orthodoxes ou de non orthodoxes.

dix ans depuis la disparition. Avant de prononcer le divorce pour cause d'absence, l'Eglise fait procéder, par l'autorité civile à une enquête à laquelle elle est représentée. Dans cette enquête, on recherche si l'absence est effective et si l'époux délaissé n'est pas la cause de l'abandon. Lorsque la personne dont on veut constater l'absence a le droit, à raison de sa qualité, de résider dans telle partie de la Russie qu'elle le jugera à propos, l'enquête n'est terminée qu'autant qu'on a demandé des renseignements aux conseils administratifs établis auprès des gouverneurs de toutes les provinces de l'empire.

Les militaires, les gens attachés au service du palais et certains fonctionnaires ne peuvent demander la dissolution de leur mariage qu'avec la permission de leurs supérieurs respectifs. Autrefois les serfs devaient obtenir l'autorisation de leurs propriétaires.

Il nous reste maintenant à parler du mariage civil, récemment introduit au profit des sectaires.

Malgré ces avantages, ces privilèges, souvent injustes, réservés au culte officiel, la religion orthodoxe est sérieusement menacée, depuis plus de deux siècles, par des sectes dissidentes (raskolnitsch). L'origine de ces sectes remonte au fameux concile provoqué par le patriarche Nikone en 1656. Ce concile fut convoqué dans le but de corriger les erreurs qui s'étaient introduites dans la tradition des Ecritures saintes et de modifier quelques détails dans les rites. Les changements ordonnés par le concile de 1667 portèrent seulement sur certaines formes extérieures et laissèrent intact tout ce qui touchait au dogme. Malgré le peu d'importance de ces réformes, la nation, jusqu'alors restée indifférente aux questions religieuses, s'émut de ces innovations.

Certaines personnes traitèrent Nikone de sacrilège et provoquèrent une rupture. L'unité de la religion orthodoxe fut, en effet, rompue ; la majorité de la nation accepta les réformes ; mais une minorité importante forma une secte dissidente, et ses membres prirent le nom de *vieux croyants*. Cette première secte fut la souche primitive de toutes celles qui, en grand nombre, se formèrent successivement dans la suite. La secte ne tarda pas à se partager en deux branches : les uns admirent des prêtres dans leur culte, comme par le passé, et acceptèrent même ceux de la religion officielle, à la seule condition qu'ils fissent usage des anciens livres ; les autres répudièrent hardiment tous les principes religieux et sociaux jusqu'alors admis en Russie. Les sectaires de cette seconde classe (il en existe encore) rejettent le ministère des prêtres ; ils repoussent les sacrements, sauf le baptême et la confession, que chaque croyant peut d'ailleurs administrer directement ; ils ne reconnaissent pas le mariage et, sous l'hypocrisie de mœurs austères, ils tolèrent la promiscuité des sexes.

La corruption des mœurs devint bientôt telle, dans cette secte, qu'elle ne put conserver son unité : un certain nombre de ses membres se détachèrent d'elle pour fonder un nouveau culte qui reconnaissait le mariage et, comme cette secte s'établit sur les bords de la mer Blanche, elle prit le nom de Pomorskaya, qui signifie littéralement : le long de la mer.

Ce premier démembrement a été le signal de nouveaux déchirements. Pierre le Grand s'était borné à tolérer les sectaires qui n'attaquaient pas la société, sans d'ailleurs reconnaître à leurs cultes aucune existence légale ; quant aux autres, danger permanent pour la société, Pierre le Grand les faisait brûler, s'ils étaient

docteurs, et envoyait les simples adhérents, ainsi que ceux qui leur donnaient refuge, dans les déserts de la Sibérie. Sous l'influence des doctrines philosophiques de l'époque, Catherine II reconnut, au profit des sectaires, une sorte de liberté des cultes. Le gouvernement russe espérait aussi que, la persécution ayant cessé, le nombre des sectaires diminuerait et que, dans tous les cas, l'Etat pourrait exercer une surveillance plus facile sur ce mouvement révolutionnaire et religieux qui commençait à l'inquiéter. Il n'en fut rien. Le nombre des sectaires ne fit qu'augmenter : de nouvelles sectes, toujours ardentes, souvent dangereuses pour l'ordre social, continuèrent à se former et se constituent encore de nos jours aux dépens de la religion orthodoxe. On évalue actuellement le nombre des sectaires de dix à quinze millions. Parmi eux, les uns sont victimes de l'égarement produit par un mysticisme aveugle, d'autres n'ont pour mobile que la haine de l'ordre social actuel. Frappées de certains vices de la religion orthodoxe, irritées par les abus du régime politique, par exemple jusque dans ces derniers temps par le régime du servage, ou bien encore aujourd'hui par l'inégalité des conditions sociales, par le despotisme impérial, quelques personnes se réunissent, se groupent à la voix d'un illuminé ou d'un révolutionnaire, et la Russie compte une secte de plus. Les sectaires les plus dangereux ont été toujours sévèrement poursuivis et châtiés. Quant à ceux qui acceptent l'état social actuel et sont de simples dissidents religieux, l'administration les tolère, mais sans leur permettre de construire des églises ou de tenir des services religieux publics, et elle se réserve de prendre toujours à leur égard toutes les mesures de police qu'elle croit utiles ou nécessaires.

Jusque dans ces derniers temps, les sectaires n'avaient pas, à proprement parler, d'état civil : comme ils refusaient le ministère des prêtres orthodoxes, ils se trouvaient à peu près dans la même situation que chez nous les protestants, sous l'ancien régime, depuis la révocation de l'édit de Nantes. Une loi récente, un avis du conseil de l'Empire, approuvé le 19 avril 1874 et promulgué en octobre, donne un état civil aux dissidents et admet pour eux le mariage civil. Voilà comment s'est introduit le mariage civil en Russie.

Les bienfaits de cette loi civile sont toutefois refusés à ceux qui appartiennent à une secte révolutionnaire comme à ceux qui quittent la religion orthodoxe; ce sont seulement les descendants actuels ou futurs des sectaires qui peuvent avoir un état civil et se marier civilement. Cela tient à ce que, en Russie, ainsi que nous l'avons vu, la loi considère comme un délit de sortir de la religion orthodoxe ; on ne peut appartenir légitimement à une autre religion qu'autant qu'on y est né. Mais, afin de donner tout de suite un état civil aux sectaires qui se trouvent en dehors des exceptions, on a décidé que le dernier recensement officiel vaudrait comme registre des naissances et des mariages pour ceux qui se feraient connaître (1).

Les registres des actes de l'état civil des dissidents sont entre les mains de l'autorité de la police ; ils sont tenus dans les villes par les chefs de la police de l'arrondissement, sortes de sous-préfets. Dans les campagnes, les déclarations sont reçues par l'ancien de la commune

(1) Ce recensement a révélé l'existence d'un million de sectaires : mais en Russie tout le monde sait que ce chiffre est fort éloigné de la vérité ; en réalité, le nombre des sectaires s'élève au cinquième des orthodoxes.

(*volost*), qui dresse procès-verbal et envoie copie au sous-préfet. C'est aussi le *volost* qui reçoit les déclarations de mariage en présence de deux témoins. Quant aux causes de dissolution de ces mariages des dissidents ce sont celles reconnues par le *zvod* et que nous avons déjà précédemment indiquées (1).

(1) Art. 12 de la loi. On trouvera une traduction de cette loi accompagnée d'une notice dans l'*Annuaire de la Société de législation comparée*, 1875, p. 656.

B. Les Slaves méridionaux.

Les Slaves méridionaux ne forment pas en Europe un Etat, même depuis la guerre qui vient de se terminer par le démembrement de la Turquie. Les uns sont, depuis longtemps déjà, compris dans l'empire d'Autriche-Hongrie. Les autres ont plus ou moins rompu les liens qui les rattachaient à la Turquie pour former des Etats indépendants ou vassaux. Ainsi, la Serbie et le Monténégro, placés jusque dans ces derniers temps sous la suzeraineté de la Porte, ont brisé les derniers liens qui les rattachaient à cet empire et acquis une entière indépendance. Certains Slaves du midi ont été enlevés par le congrès de Berlin à la domination turque sans cependant devenir des Etats tout a fait indépendants. La Bosnie et l'Herzégovine ont été placées sous une sorte de protectorat de l'Autriche-Hongrie; la Bulgarie et la Roumélie sont devenues deux vassaux de la Turquie au lieu de former de simples provinces de cet empire.

Les Slaves de l'Autriche sont, en général, soumis à la législation de ce pays; ceux qui ont fait partie de la Turquie jusqu'au congrès de Berlin ont toujours conservé leurs anciens usages que les autorités ottomanes s'étaient attachées à respecter.

Quant aux Serbes, ils ont fait un code de lois qui a subi l'influence de la civilisation de l'Occident.

Le code serbe ne reconnaît pas le mariage civil ; il n'admet que le mariage religieux suivant les formes et sous les conditions prescrites par la religion grecque orthodoxe. Aussi le mariage se présente en Serbie avec la plupart des caractères que nous lui avons reconnus dans le droit canonique (1).

Les fiançailles précèdent presque toujours le mariage ; elles sont célébrées à l'église, en présence de témoins et ont force obligatoire. Celui des fiancés qui veut les rompre sans motif légitime encourt des dommages-intérêts.

La célébration du mariage est précédée ordinairement des conventions matrimoniales entre les fiancés et leurs familles ; elle est suivie, en outre, de la remise des cadeaux, du trousseau et de la dot (art. 61). A moins qu'il n'y ait nécessité, le mariage doit avoir lieu dans l'église. Il s'accomplit par la bénédiction du prêtre selon le rite de l'Eglise orthodoxe, en présence de deux ou trois témoins qui constatent le serment prêté par les époux « de vivre ensemble et inséparables, de s'aimer éternellement et de se garder une fidélité inaltérable. » Fidèle aux prescriptions de l'Eglise, le code serbe recommande aux parents de n'exercer aucune pression, aucune contrainte morale sur la volonté de leurs enfants et les déclare même responsables de tous faits de ce genre. Les fiancés ont, sans doute, besoin du consentement de leurs parents ou tuteur pour contracter mariage tant qu'ils n'ont pas atteint l'âge de dix-huit ans ; mais ce consentement n'est pas exigé à peine

(1) Voyez les art. 60 et suivants du Code serbe.

de nullité et le mariage qui serait célébré sans la permission des parents serait parfaitement valable ; le prêtre encourrait toutefois une grave responsabilité vis-à-vis de l'autorité spirituelle (art. 73).

Ce sont les tribunaux ecclésiastiques qui peuvent seuls connaître des nullités de mariage. Les causes de nullité sont, il est vrai, énumérées dans le code serbe, mais ce code s'est borné à les extraire d'un recueil des lois canoniques de l'Eglise grecque et connu sous le nom de *nomokanon* (1). On ne sera pas étonné de rencontrer parmi ces causes de nullité celle qui résulte de la différence de religion ; mais il est curieux de citer, comme trait de mœurs, la mention spéciale de la nullité résultant de l'enlèvement de la fille, de la violence envers sa personne, ou même de l'intimidation (2). Les rapts sont, en effet, encore nombreux en Serbie et provoquent parfois de véritables luttes de village à village (3).

Le code serbe reconnaît les trois causes du divorce de notre code civil et les soumet aux mêmes conditions. En outre, il autorise encore le divorce :

— Si l'un des époux abjure la foi chrétienne ;

— En cas d'absence préméditée et sans donner de nouvelles ; en d'autres termes, en cas de *desertio maliciosa* ou abandon.

Lorsqu'un époux tombe en esclavage ou s'éloigne de son domicile pour ses affaires et après avoir prévenu les autorités, au bout de six ans, l'autre conjoint peut

(1) Il fut traduit en langue russe au treizième siècle pour servir de règle aux tribunaux ecclésiastiques. (Matziejowski, *Histoire du droit chez les Slaves*.)

(2) Ces rapts sont sévèrement réprimés par la loi pénale.

(3) Les autres causes de nullité sont celles que l'on retrouve dans presque toutes les législations.

s'adresser au tribunal ecclésiastique qui fait assigner l'absent à comparaître dans le délai d'un an. Faute par lui de se présenter, le mariage peut être dissous. Mais si l'absent reparaît, il peut à son choix demander que son mariage revive ou en contracter un autre. Dans les autres cas d'absence sans qu'il y ait abandon malicieux, l'époux présent peut, au bout de trois à quatre années, demander la dissolution du mariage au tribunal ecclésiastique. Celui-ci fait citer l'absent par les autorités du pays et par la voie des feuilles publiques. Si l'époux ne se présente pas ou ne donne pas de ses nouvelles dans le délai d'une année, son conjoint peut contracter un nouveau mariage, sans que l'absent de retour ait plus tard le droit de réclamer. Dans le cas où la femme de l'absent ne se serait pas soumise à ces formalités et aurait contracté un nouveau mariage sans autorisation, son mari aurait à son retour le droit de la reprendre ou de demander le divorce.

Toutes les demandes en divorce sont de la compétence des tribunaux ecclésiastiques. Avant d'arriver devant cette juridiction, elles doivent subir le préliminaire de quatre tentatives de conciliation ; une devant le curé des époux, trois autres devant le supérieur ecclésiastique du diocèse. Le divorce obtenu, l'époux innocent a seul le droit de se remarier et de profiter des avantages stipulés au contrat de mariage. Dans le cas où le divorce aurait été prononcé contre les deux époux, tous les deux devraient à l'avenir vivre dans le célibat. Toutefois, la femme qui a obtenu le divorce ne peut se remarier qu'après son accouchement ou au bout de six mois si un certificat de médecin constate qu'elle n'est pas enceinte ; dans les autres cas, après l'expiration de neuf mois depuis le divorce. Si elle

se remariait avant l'expiration de ces délais, elle serait privée des avantages stipulés en sa faveur dans son premier contrat de mariage, mais son nouveau mari n'aurait pas le droit de demander la nullité de la seconde union.

Le code serbe ne parle pas de la séparation de corps perpétuelle et il repousse formellement le divorce par consentement mutuel (1).

Ces dispositions du code serbe sont observées dans les villes, comme celles de la loi autrichienne sont respectées par les populations urbaines d'origine slave soumises à l'Autriche-Hongrie. C'est qu'en effet, à notre époque, il s'est établi une véritable uniformité dans la vie des grandes villes de l'Europe ; les mœurs et la civilisation, autrefois si variées, se sont rapprochées, et les différences qui séparent encore les nations de l'Europe tendent, de plus en plus, à s'effacer sous l'influence de contacts constants. C'est dans les campagnes que les anciennes mœurs se maintiennent avec le plus d'énergie et de vivacité. Ainsi les Slaves méridionaux observent encore d'antiques usages qui ont résisté à la codification moderne. Ces usages sont à peu près semblables parmi toutes ces populations rurales, soit qu'elles aient acquis leur indépendance, soit qu'elles vivent sous la domination ottomane, soit qu'elles appartiennent à l'empire d'Autriche-Hongrie. En Turquie, ces usages ont toujours été respectés ; ailleurs, les nouveaux codes, comme celui de l'Autriche et celui de la Serbie, n'ont pas pu les supprimer (2). L'introduction

(1) Voyez ces dispositions dans les articles 94 à 107.

(2) Voir le travail de M. Fedor Démélic : *le droit coutumier des Slaves méridionaux*, d'après les recherches de *M. Bogisic* (Thorin, Paris, 1877.)

des lois écrites produit ordinairement, chez tous les peuples, une certaine uniformité entre les divers éléments de la nation, alors que les coutumes tendent au contraire à maintenir les anciennes différences. Chez les Slaves méridionaux, c'est le contraire qui s'est produit sous l'influence de leur morcellement politique. Les lois écrites varient souvent tandis que les coutumes présentent une certaine uniformité. C'est surtout le régime de la famille, en y comprenant les successions, qui a résisté aux codes modernes parmi les populations agricoles. « Supposons, dit M. Bogisic, qu'on veuille écrire l'histoire du droit de la Dalmatie, où le code civil autrichien est publié depuis l'année 1816. Ce code, qui n'a nullement tenu compte des diverses particularités nationales et qui était fait pour d'autres peuples, n'a jamais été appliqué à la population agricole de cette province en ce qui concerne le droit de famille et de succession. Donc, si un jurisconsulte voulait exposer l'histoire du droit de la Dalmatie pendant le demi-siècle qui vient de s'écouler, en concentrant toutes ses recherches sur la législation écrite seulement, il donnerait une notion bien fausse sur le droit actuel de ce pays. »

La base du droit de famille des Slaves méridionaux est la communauté, c'est-à-dire la réunion de plusieurs individus sous un seul et même chef pour tout ce qui concerne l'administration et la culture des biens mis en commun. On fait partie de ces communautés par naissance, par mariage ou par adoption. Le mariage a conservé parmi ces populations ses anciens caractères; jusque dans ses formes on retrouve un mélange curieux d'anciennes mœurs barbares et de principes religieux. Il est presque toujours précédé des fiançailles, et la

promesse de se marier doit être rigoureusement observée. La violation de la foi jurée entraîne des conséquences graves, parfois même des rixes sanglantes. Les devoirs entre époux sont toujours scrupuleusement observés; on croit même qu'ils survivent, dans une certaine mesure, au prédécès de l'un des deux conjoints. Aussi les veuves contractent très rarement de nouvelles unions; la fidélité de l'épouse va presque toujours au-delà du tombeau, et les Serbes regardent un second mariage comme une espèce d'outrage fait au mari défunt. Le mariage est considéré comme indissoluble; c'est à peine si la mort peut le rompre, car, d'après les vieilles croyances, les époux continuent à vivre ensemble pendant l'éternité. Cependant le divorce est permis en cas d'adultère; c'est la cause la plus fréquente reconnue par les usages. Dans l'Herzégovine, on permet au mari de renvoyer sa femme si celle-ci le vole, ou lorsqu'elle vend à son insu un bien du patrimoine, ou encore si elle sent mauvais de la bouche. En Bulgarie, le mari peut renvoyer sa femme toutes les fois qu'elle était, à son insu, en état de grossesse au moment du mariage, ou si elle devient folle. Dans le premier cas, il s'agit plutôt d'une nullité de mariage que d'un divorce. Toutes les fois que le mari renvoie sa femme pour un autre motif, il doit lui donner une somme d'argent et pourvoir à ses besoins. Dans tous les cas, les enfants restent avec le père. En Bosnie, chez les Serbes mahométans, le mari a toujours le droit de renvoyer sa femme et d'en épouser une autre, à la condition de lui payer la *nica*, et, dans le cas où elle aurait un enfant à la mamelle, de pourvoir aux besoins du nouveau-né; les autres enfants restent avec le père. Ces facilités du divorce sont particulières aux Slaves

mahométans, et se sont introduites sous l'influence de la religion. Quant à la séparation de corps, elle n'est connue que chez les Slaves de l'Autriche ; elle s'est introduite parmi eux sous l'influence de la loi écrite.

En général, la femme divorcée a le droit de reprendre sa dot, et elle peut même réclamer une indemnité si le divorce a lieu par la faute de son mari. En Bulgarie, le mari doit entretenir sa femme divorcée pendant toute sa vie.

Les enfants, comme en Bulgarie, restent presque partout avec le père ; si la mère peut emmener l'enfant à la mamelle, c'est à la condition de le rendre plus tard. Cependant dans les anciens confins militaires de l'Autriche, tous les petits enfants restent provisoirement à la mère et les filles nubiles ont le choix de demeurer avec l'un ou l'autre de leurs parents ; mais le père doit toujours les doter, même lorsqu'elles ont préféré demeurer avec leur mère.

Les Slaves ont exercé une influence naturelle et considérable autour d'eux, même parmi les populations appartenant à des races différentes. Cette influence s'explique plutôt par la religion que par la sympathie ; les Russes sont moins aimés que redoutés de leurs voisins, même de ceux qui sont aussi d'origine slave. Nous avons déjà parlé de la législation roumaine, et il n'en peut être question ici car les roumains sont de race latine. Nous ne dirons rien non plus des lois de la Grèce, d'abord pour le même motif, ensuite parce que ce pays élabore un code civil qui sera prochainement promulgué.

D'après ce projet, le divorce peut être demandé par le mari pour adultère de sa femme ; par la femme, si le mari entretient une concubine (art. 290). Les époux

peuvent demander réciproquement le divorce : 1° pour attentat contre la vie, mauvais traitements et injures répétées de nature à atteindre gravement la réputation ; 2° pour condamnation à raison d'un crime ; 3° pour abandon du domicile conjugal depuis trois ans au moins ; 4° pour absence remontant à plus de six années (art. 91). Ces causes de divorce autorisent aussi à demander la séparation de corps, sauf l'absence ; de plus, on peut aussi obtenir une séparation pour cause d'incompatibilité d'humeur (art. 303). Toutes les fois que la séparation de corps a duré plus de trois ans, l'époux contre lequel elle a été prononcée peut mettre son conjoint en demeure de reprendre la vie commune ou de divorcer. Ce droit n'appartient cependant pas à la femme lorsque la séparation de corps a été prononcée contre elle pour cause d'adultère (art. 307). Ceux qui n'appartiennent pas à la religion grecque peuvent néanmoins demander le divorce pour l'une des causes précédentes, si leur religion ne s'y oppose pas (art. 309).

PAYS SCANDINAVES

A. Danemarck.

Le Danemarck possède un code général en vigueur depuis 1684. Ce code, promulgué sous le règne de Christian V, embrasse presque toutes les parties de la législation : procédure, droit ecclésiastique, état civil et famille, droit maritime, droits réels et droits personnels, droit pénal. Ce recueil de lois était, à l'époque de sa confection, une œuvre remarquable par son grand esprit de justice ; mais peu à peu la plupart de ses dispositions ne se sont plus trouvées en rapport avec les besoins des temps. Aussi a-t-il été, en grande partie, modifié par une série de lois fort nombreuses qui rendent l'étude du droit civil danois particulièrement difficile. Les lois sur le mariage sont, pour la plupart, puisées dans le livre III, chap. XVI du code danois et dans les ordonnances des 5 mars 1734, 19 février 1783, 4 janvier 1799, 30 avril 1824 et dans le *Rituel ecclésiastique* de 1685.

Le mariage est resté un acte religieux sous le rapport

de la forme ; mais la loi civile s'occupe de ses causes de nullité et des effets qu'il produit.

Les filles ne peuvent jamais se marier sans le consentement de leurs parents, à moins qu'elles ne soient veuves (1).

Le fils a aussi besoin du consentement des mêmes personnes, mais seulement jusqu'à sa majorité et, de plus, il peut être passé outre à la célébration du mariage si le ministère public juge l'opposition mal fondée.

C'est encore aujourd'hui dans le code de Christian V que se trouvent les principales dispositions relatives au divorce (2).

L'adultère de l'un des époux autorise l'autre à demander le divorce, à moins qu'il ne se soit rendu, lui aussi, coupable du même fait ; dans ce dernier cas, il y aurait compensation des torts. Cependant cette compensation pourrait être écartée et le divorce demandé, si l'un des époux s'amendait et si l'autre continuait à mener une vie irrégulière. La loi recommande aussi au juge d'examiner avec soin si le demandeur en divorce n'a pas lui-même provoqué l'autre à le trahir par quelque tort grave, comme des sévices, des habitudes tyranniques, etc. Si le juge reconnaît l'existence de ces torts, il doit se montrer beaucoup plus difficile à prononcer le divorce. Quand le mari trouve sa femme en état d'adultère, il doit s'abstenir de cohabiter avec elle ; autrement, sa demande serait repoussée par une fin de non-recevoir. Mais si la femme renouvelle son crime, le mari peut agir en divorce, pourvu qu'il fasse

(1) On exige le consentement du tuteur si le père est dans l'impossibilité de manifester sa volonté.

(2) Liv. III, ch. XVI, art. 15.

cesser la cohabitation. Le conjoint innocent a le droit de se remarier immédiatement après le jugement qui prononce le divorce ; mais quand une femme s'est rendue coupable d'adultère, elle ne peut se remarier qu'avec la permission du roi, au bout de trois ans et à la condition de produire des certificats constatant que sa conduite a été régulière et chrétienne. De plus, il lui est défendu de se marier et d'habiter dans la paroisse, le district ou la ville où demeure son précédent mari. En cas d'adultère d'une femme par violence, le mari ne peut pas demander le divorce, car, dit le code de Christian V, on ne punit pas celui qui souffre une injustice, mais celui qui la fait.

A côté de l'adultère, le code de Christian V place la *desertio*, c'est-à-dire l'abandon de l'un des époux par l'autre sans motif. L'époux abandonné doit attendre au moins trois ans avant de demander le divorce, excepté s'il y a adultère ; dans ce dernier cas, il peut se remarier immédiatement. Au bout des trois ans, le conjoint délaissé doit porter sa plainte devant le tribunal inférieur (Herredsting), ensuite devant le tribunal d'appel (Landsting) et enfin, fournir ses preuves devant le consistorium. Il doit présenter un certificat signé de son curé et des habitants de sa paroisse constatant : qu'il s'est toujours bien conduit et n'a pas été la cause du départ de son conjoint ; que celui-ci a quitté le domicile conjugal depuis au moins trois ans. Si le conjoint abandonné commet un adultère avant l'expiration des trois ans, on le punit pour ce fait, mais sans d'ailleurs lui retirer le droit de divorcer ; seulement il ne peut pas se marier avec son complice. La loi ne considère pas comme abandonnant à tort le domicile conjugal le mari qui est obligé de le quitter pour son

commerce ou à cause du service militaire; sa femme doit l'attendre pendant sept ans au moins. Au bout de ce temps, elle peut en épouser un autre. Si toutefois il est prouvé que le mari est prisonnier ou se trouve dans l'impossibilité de revenir, sa femme doit continuer à l'attendre indéfiniment. Est-il établi que le mari a été tué à la guerre ou autrement, le femme peut se remarier; mais si elle avait vécu auparavant en concubinage, elle devrait être préalablement punie. Lorsque le mari que l'on croyait mort reparaît, il peut reprendre sa femme, même remariée, à la condition de fournir des certificats constatant sa bonne conduite et sa vie régulière pendant son absence.

D'après le code de 1684, lorsqu'un condamné à mort dont la peine a été commuée vient à s'échapper et reste trois ans sans être repris, son conjoint peut se remarier au bout de ce temps. Une ordonnance du 18 décembre 1750 a été plus loin : elle décide, en termes généraux, que, si l'un des époux a été condamné à une peine perpétuelle et n'a pas obtenu sa grâce, l'autre, au bout de trois ou sept ans, selon la nature de la peine, peut demander et obtenir le divorce suivant les formes ordinaires.

Le code de Christian V s'occupe aussi de l'impuissance. Lorsqu'elle est postérieure au mariage, la loi danoise veut que les époux la supportent comme un des désagréments qui peuvent naître pendant la vie conjugale. C'est seulement l'impuissance antérieure au mariage qui permet de demander le divorce; mais il s'agit plutôt d'une nullité de mariage. Avant de demander la dissolution du mariage pour cette cause, il faut attendre trois ans, pour savoir si l'impuissance peut être guérie, et, même au bout de ce temps, le mariage

n'est annulé qu'autant que l'impuissance était déjà manifeste au moment de la célébration.

Le divorce par consentement mutuel a lieu après une séparation de trois ans : les époux divorcés peuvent se remarier ensemble.

B. Suède.

Chez les peuples scandinaves, la famille a conservé jusqu'à nos jours l'organisation que lui ont donnée d'anciennes mœurs dont l'origine se perd dans la nuit des temps. Dans ces dix dernières années, de notables changements ont été, sans doute, introduits en Suède, notamment pour donner aux femmes une condition civile meilleure, mais sous plus d'un rapport, les vieux usages ont conservé une remarquable vitalité. Ainsi, d'après le code de 1734, les hommes cessent d'être incapables à vingt et un ans, tandis que les femmes restent toute leur vie en puissance. Mariées, elles sont placées sous l'autorité de leur mari; filles, elles demeurent toujours en tutelle, à moins d'une dispense du roi; les veuves seules sont plus indépendantes et obtiennent l'administration de leurs biens. Les mœurs ont d'ailleurs de tout temps adouci cette rigueur et donné, en fait, à la femme, dans la famille, une certaine égalité de droits que lui refusait la loi civile. La disposition du code de 1734, qui laissait les filles en tutelle perpétuelle a été abrogée par une ordonnance royale du 15 juin 1858. D'après cette ordonnance, toute fille ou femme non mariée, à partir de l'âge de vingt-cinq ans, a le droit d'administrer elle-même sa fortune à la

condition de déclarer devant le tribunal qu'elle entend user de ce bénéfice et être considérée comme majeure. Cette dernière condition a ensuite été supprimée par l'ordonnance du 16 novembre 1863. Aujourd'hui, toute fille ou femme non mariée est considérée, à partir de vingt-cinq ans, comme majeure, et on présume qu'elle accepte le bénéfice de la majorité ; si elle veut rester en tutelle après cet âge, elle doit en faire la déclaration au tribunal. En outre, toute fille peut être émancipée avant vingt-cinq ans par dispense du roi.

En vertu d'une vieille tradition passée dans les lois, le droit de marier une fille a été considéré encore par le code de 1734 comme une sorte de propriété. Ce code détermine avec un soin minutieux quelles sont les personnes auxquelles appartient ce droit, les unes à défaut des autres.

C'est bien certainement là un reste du vieux droit de disposer d'une fille comme d'une chose. Celui qui jouit encore aujourd'hui du droit de marier une fille s'appelle *giftoman*. Le père a le droit de donner sa fille en mariage ; la mère sera seulement consultée. Si le père est mort, le droit de disposer de la fille passe à la mère, qui doit toutefois consulter les plus proches parents. Si le père et la mère sont décédés, il faut, pour obtenir sa main, s'adresser à la personne qu'ils ont désignée de vive voix ou par écrit. A défaut de cette personne, le droit d'accorder la fille en mariage passe aux frères germains ; à leur défaut, aux frères consanguins ; enfin, aux frères utérins, mais à la charge par eux de prendre l'avis de l'aïeul paternel ou maternel. S'il n'existe aucun frère, il faudra recourir au consentement d'abord de l'aïeul paternel, de l'aïeul maternel, ensuite du frère du père, et après lui, du frère de la mère. La loi sué-

doise contient encore une longue énumération qu'il serait fastidieux de reproduire ici.

Il ne faudrait toutefois pas pousser trop loin l'assimilation entre l'aliénation d'un bien par son propriétaire et le mariage d'une fille par son giftoman. Cette assimilation serait tout à fait fausse au point de vue des mœurs, et fort exagérée au point de vue du code de 1734. Déjà ce code porte (1) : « Personne ne peut être contraint au mariage; celui-ci se conclut par le oui et le consentement volontaire des deux parties. » Ainsi la volonté de la fille, même mineure, est nécessaire au mariage, et son silence seul ne serait pas considéré comme une manifestation suffisante de consentement. D'un autre côté, même dans le code de 1734, le défaut de consentement du giftoman pour le mariage de la fille n'entraîne pas nullité, mais donne seulement au giftoman le droit de l'exhéréder. Enfin le refus du giftoman, s'il est injuste, peut être brisé par la justice, et le giftoman encourt même parfois une amende.

Cette législation de 1734 a été sensiblement améliorée de nos jours. On se rappelle que deux ordonnances, l'une du 15 juin 1858 et l'autre du 16 novembre 1863, ont déclaré les femmes majeures à partir de vingt-cinq ans. Une ordonnance du 8 novembre 1872 a ajouté qu'à l'avenir la fille majeure ne serait plus soumise au consentement du giftoman pour son mariage. Cette ordonnance la dispense même du consentement de ses père et mère si elle veut contracter mariage avec un homme duquel elle a déjà conçu. Enfin, elle retire au père et à la mère le droit de déshériter leur fille majeure de vingt-cinq ans qui s'est mariée sans leur consentement,

(1) Première partie, ch. I, § 5.

sauf dans le cas où, demeurant avec eux et à leur charge, elle a contracté une union déshonnête. Une autre particularité remarquable de la législation suédoise, c'est l'importance exceptionnelle qu'elle accordait autrefois aux fiançailles ; il s'agit encore là de vieux usages scandinaves qui se sont maintenus et qui ne considéraient pas le mariage comme un acte religieux. Une ancienne loi de Sutland porte : lorsqu'une femme a couché et dîné avec un homme pendant deux heures, et qu'elle a tenu les clefs de la maison, ses enfants sont légitimes. Les peines sous lesquelles la célébration religieuse du mariage a été beaucoup plus tard exigée, se sont greffées à un système complet qui avait organisé l'union entre époux en dehors de toute idée religieuse. On peut encore aujourd'hui constater l'existence d'une lutte très remarquable entre le vieux droit et la prétention de l'Eglise de former seule le mariage par la célébration religieuse. D'après l'ancienne loi, c'était la conception par la femme ou tout au moins le fait de partager le lit d'un homme qui consacrait le mariage. A partir de ce moment seulement, l'homme acquérait la puissance sur la femme, ainsi que le droit de la représenter dans la vie civile; c'était aussi à partir de ce moment que se produisaient les effets du mariage quant aux biens des époux. L'Eglise est parvenue à vaincre ces vieux usages qui n'exigeaient pas sa participation pour la validité du mariage. Le Code de 1734 (1) veut que les droits du mari sur la personne de sa femme et le régime des biens entre époux ne commencent qu'à partir de la célébration religieuse. Depuis cette époque, les conséquences les plus importantes du mariage entre

(1) Première partie, ch. IX, § 1, et ch. X, § 1.

époux ne datent plus comme autrefois des fiançailles. Entre époux, les fiançailles ne valent plus mariage ; il faut qu'elles soient complétées par la bénédiction nuptiale (1). Mais il reste cependant encore dans le Code du siècle dernier un grand nombre de dispositions, surtout relativement aux enfants des fiancés, qui sont certainement empruntées au vieux droit scandinave.

Ainsi les fiançailles célébrées en présence de quatre témoins et du giftoman entraînent pour les enfants presque toutes les conséquences du mariage consommé. Les enfants des fiancés sont légitimes et on considère même comme tels les enfants de ceux qui n'étaient pas encore fiancés au moment de la conception, mais qui l'ont été ensuite. Toutefois, la célébration religieuse est exigée sous certaines peines ; mais, comme on l'a déjà dit, ces peines se sont ajoutées à un système complet qui avait organisé le mariage sans la célébration religieuse. De plus, si le père refuse le consentement au mariage de sa fille déjà mère, celle-ci est déclarée femme légitime par la justice, mais alors c'est seulement à partir de cette déclaration que commence le régime des biens entre époux (2).

La loi suédoise de 1734 organise d'une manière complète et avec de grands détails ces fiançailles auxquelles elle reconnaît une importance presqu'égale à celle du mariage. Elle déclare nulles les fiançailles qui n'ont pas été contractées en présence du giftoman et de quatre témoins, deux du côté du fiancé et deux du côté de la fille. Mais c'est le giftoman qui seul peut demander la nullité ou la couvrir ; si la nullité est prononcée, les fiancés sont condamnés à une amende au profit des

(1) Col. de 1734, première partie, ch. III, § 9.
(2) Code de 1734, première partie, ch. III, § 9, et ch. X, § 7.

pauvres. Les fiançailles peuvent être annulées : pour cause de violence ; lorsqu'elles sont contractées sous l'empire de l'ivresse ou du dol ; si l'un des fiancés est atteint au moment de la célébration ou depuis cette époque d'une maladie secrète ou contagieuse ; si l'un des deux fiancés vit en concubinage ou commet un acte déshonorant après les fiançailles. Lorsque la discorde éclate entre les fiancés pour des causes inconnues à l'époque des fiançailles, s'ils ne s'entendent pas pour rompre le lien qui les unit, la justice est appelée à statuer. Toutes les fois qu'il n'existe pas de causes suffisantes de séparation, celui qui viole la promesse de mariage ne peut épouser une autre personne avant qu'elle ait transigé avec le fiancé délaissé et il encourt, s'il y a lieu, des dommages-intérêts.

Tous ces détails relatifs aux fiançailles sont autant de vestiges d'une législation antérieure qui n'a d'abord donné au mariage aucun caractère religieux et qui a ensuite considéré la bénédiction nuptiale plutôt comme une confirmation d'une union déjà accomplie. D'ailleurs aujourd'hui les prescriptions si complètes du code de 1734 sur les fiançailles sont à peu près tombées en désuétude ; on ne les observe plus surtout dans les classes supérieures. Les fiançailles se font le plus souvent sans formalité et se rompent librement sans l'intervention d'aucune autorité ; le mariage date bien aujourd'hui du jour de la célébration religieuse. Le code suédois ne parle pas de la célébration du mariage qui est considéré, en la forme, comme un acte religieux ; il s'occupe seulement des publications et du droit d'opposition. Quant aux causes de nullité, elles sont énumérées avec soin ; elles ne présentent d'ailleurs aucune particularité digne de remarque. Comme dans les autres

législations scandinaves, l'adultère constitue un empêchement de mariage entre l'époux coupable et son complice.

Le mariage est célébré par le ministre du culte de l'Etat si les deux époux appartiennent à la religion luthérienne du pays. Une loi du 31 octobre 1873 décide que les futurs époux professant une autre religion peuvent se marier devant le ministre de leur culte, si le clergé de cette religion a été autorisé par le roi à recevoir les mariages. Toutes les fois qu'une seule des parties appartient à l'une de ces religions, le mariage est célébré, soit par le ministre du culte, soit par l'autorité civile. Enfin, dans le cas où les deux futurs époux ne professent ni la religion officielle ni l'un des cultes autorisés, il faut nécessairement recourir au mariage civil. Les fonctionnaires civils devant lesquels le mariage doit être célébré sont, dans les villes, le magistrat et, à la campagne, le *kronofogde*, percepteur des contributions.

On voit que le mariage civil a pénétré même en Suède ; là, aussi bien qu'ailleurs, il a été envisagé comme une conséquence nécessaire de la liberté de conscience. Si le mariage civil n'a été admis qu'assez tard dans ce pays, c'est parce que la religion officielle était entourée d'une protection qui assurait son monopole. La même année qui a vu introduire le mariage civil, a été le point de départ de réformes considérables dans les lois concernant les rapports de l'Etat et de la religion. D'après une ordonnance du 26 octobre 1860, les Israëlites étrangers, autorisés à séjourner en Suède, devaient fixer leur résidence dans une des quatre villes de Stockholm, Gothembourg, Nordkoping ou Carlskrona ; une loi du 28 février 1873 abroge cette

ordonnance. Une autre loi du 31 octobre 1873, approuvée par un concile de l'Eglise évangélique, permet les mariages mixtes entre les membres de l'Eglise nationale et les chrétiens des autres confessions. Elle autorise également les enterrements des dissidents dans les cimetières communs. Une autre loi de la même date détermine les conditions exigées pour la formation d'une paroisse dissidente (1).

On voit comment le législateur suédois a dû, lui aussi, se plier aux exigences du temps, tout en maintenant l'ancienne organisation de la famille. Celle-ci reste avec les caractères qu'elle présente déjà dans le code de 1734. A la vérité, une loi du 11 décembre 1874 a introduit quelques modifications de détail, mais sans toucher aux principes essentiels du code de 1734. Elle a donné seulement plus d'extension à la liberté des conventions matrimoniales ; elle a reconnu à la femme mariée le droit de conserver l'administration de ses biens pendant le mariage et d'ester en justice pour ces mêmes biens. Cette loi de 1874 a d'ailleurs peu amélioré la condition de la femme mariée et ne lui a pas donné de bien sérieuses garanties contre l'omnipotence

(1) Il ne faudrait pas croire que, depuis ces innovations, toutes les religions reconnues aient été placées par la loi sur un pied de complète égalité avec le culte officiel. Celui-ci jouit encore d'importantes prérogatives et il en est même quelques-unes qui sont écrites dans les lois de 1873. Telles sont les suivantes : le luthérien suédois qui veut embrasser une autre religion doit en faire la déclaration au pasteur de sa paroisse ; il n'est considéré comme séparé de l'Eglise nationale que s'il a persisté pendant au moins deux mois dans sa résolution et à condition qu'il ait au moins l'âge de 10 ans ; les paroisses des dissidents ne peuvent pas posséder de biens fonds en Suède sans l'autorisation royale ; les couvents sont interdits dans le royaume ; les écoles dirigées par des dissidents ne peuvent pas recevoir des enfants au-dessous de quinze ans appartenant à l'Eglise nationale, sans la permission expresse du roi, à peine d'une amende de 5 à 500 rikdalers (7 fr. à 700 fr.).

du mari. Il s'est toutefois fondé en Suède une société qui travaille avec énergie à l'amélioration de la condition civile de la femme mariée, mais on ne parviendra à réaliser d'importantes réformes que lentement et successivement. Le système de la communauté des biens entre époux remonte à des traditions scandinaves si anciennes que, si l'on voulait opérer un changement brusque et profond, on risquerait de froisser les mœurs nationales et de compromettre l'œuvre commencée.

Le code suédois de 1734 réglemente en détail le divorce pour causes déterminées et la séparation de corps temporaire. Il indique comme causes de divorce : l'adultère, l'abandon, l'absence et l'impuissance (1). L'adultère de l'un ou de l'autre des époux autorise le divorce, mais si les deux époux étaient coupables, il y aurait compensation des torts. Le code suédois porte que la femme peut demander la dissolution en cas d'adultère de son mari, si elle n'a pas couché avec lui après avoir eu connaissance de sa faute ; en d'autres termes, il ne faut pas qu'il y ait eu pardon et, de plus, l'action doit être intentée dans les six mois à partir de la connaissance du fait (loi du 5 décembre 1798). Le divorce étant prononcé, le mari perd, au profit de sa femme, sa moitié dans la communauté. La même déchéance s'appliquerait à la femme si elle était la cause

(1) Il est encore dit que le divorce pourra être demandé : si, depuis les fiançailles et avant le mariage, l'homme ou la fille a eu un commerce illégitime avec d'autres personnes et si ce commerce n'a été connu de l'autre époux que depuis le mariage ; lorsqu'après le mariage le mari découvre que sa femme avait eu des rapports coupables avec un étranger avant les fiançailles ; si l'un des époux était atteint, au moment du mariage, d'une maladie contagieuse qu'il a cachée ou s'il était impuissant. Ces causes étant antérieures au mariage, celui-ci est plutôt annulé que dissous.

du divorce et, en outre, elle perdrait son don du lendemain.

L'époux contre lequel le divorce a été prononcé pour cause d'adultère ne peut pas se remarier tant que son conjoint n'est pas lui-même remarié ou décédé ; mais cette défense peut être levée avec le consentement de l'époux qui a obtenu le divorce et avec la permission du roi. S'il était contracté mariage malgré la prohibition de la loi, ce mariage serait nul et le coupable serait condamné à une amende de 20 dalers (1). Le mari qui a obtenu le divorce peut se remarier tout de suite ; la femme n'a ce droit que dans le cas où elle vit depuis longtemps séparée de son mari et de telle sorte qu'elle ne peut pas être enceinte (2). Si les époux ne s'entendent pas sur le sort des enfants nés du mariage, ceux-ci restent au conjoint qui a obtenu le divorce, à moins qu'il ne soit pas en état de subvenir à leurs dépenses ; dans ce dernier cas, la justice les confie à l'autre époux ou à un tiers ; mais comme ce tiers ne doit pas supporter les frais de leur entretien, la justice détermine la part proportionnelle de chacun des époux dans ces dépenses.

Quand un mari quitte le royaume avec l'intention d'abandonner sa femme, celle-ci peut demander le divorce par voie de requête au juge. Toutes les fois que la résidence actuelle du mari n'est pas connue, le juge fait publier l'ordre qui lui est donné de revenir dans l'an et jour ; cette publication a lieu, à la campagne dans les églises de tout le district, et si les époux de-

(1) Quant à son conjoint, il peut se remarier, mais seulement après que la nullité du premier mariage a été prononcée : autrement il encourrait une amende de dix dalers.

(2) Loi du 20 mars 1807.

meuraient à la ville, dans les églises de cette ville et des paroisses voisines. Ce delai expiré, le divorce est prononcé ; le mari perd le droit de disposer de ses immeubles et il est privé de sa part dans la communauté. La femme profite de cette part du mari et on lui donne, de plus, l'usufruit des immeubles de son mari, tant qu'elle ne contracte pas un nouveau mariage. Si elle se remarie, elle ne garde que sa part dans la communauté et les donations qu'elle a reçues : la part du mari passe aux enfants, qui acquièrent aussi l'usufruit de ses immeubles. A défaut d'enfants, la femme, malgré son second mariage, conserve tous les meubles et conquêts. Nous avons supposé, jusqu'à présent, l'abandon volontaire de la femme par le mari ; tout ce que nous avons dit s'appliquerait au cas inverse où le mari aurait été abandonné par sa femme.

Il ne faut pas confondre avec l'abandon l'absence de l'un des époux. Lorsque le mari est absent depuis au moins six ans, que sa résidence est inconnue et son existence douteuse, la femme a le droit de contracter un nouveau mariage avec la permission de la justice ; le délai de six ans peut même être réduit pour des causes graves. Si le mari reparaît dans la suite et prouve qu'il n'est pas en faute d'avoir laissé sa femme sans nouvelles, il peut, à son choix, contracter un nouveau mariage ou reprendre sa femme. Quand le mari est absent depuis fort longtemps du royaume, mais que sa résidence actuelle est connue, la femme peut lui faire ordonner par justice de se présenter. Le mari répond-il en faisant valoir une cause légitime d'absence, sa femme doit attendre son retour ; dans le cas contraire, et si l'absence du mari se prolonge, le juge prendra des informations sur la manière dont les époux

ont vécu. Si la femme s'est conduite honnêtement, il peut lui permettre de contracter un second mariage un an et un jour après l'assignation donnée au mari. Mais celui-ci refuse-t-il de revenir dans le royaume, en alléguant et en prouvant la mauvaise conduite de sa femme, on applique alors à la femme les dispositions relatives au cas d'adultère.

Indépendamment du divorce, le code de 1734 autorise la séparation de corps pour un temps déterminé, toutes les fois que la discorde éclate entre les époux. Avant de saisir les tribunanx civils, les époux doivent subir deux tentatives de conciliation ; la première, devant le curé de la paroisse ; la seconde, devant le chapitre consistorial. Si le juge reconnaît qu'un seul des époux est coupable, il le condamne à payer, sur sa part dans la communauté, une amende de 25 dalers, qui serait portée au double en cas de récidive. Les deux époux sont-ils en faute, l'amende est répartie entre eux en proportion de leur culpabilité. La loi espère que le payement de cette amende amènera la réconciliation entre les époux ; aussi défend-elle au juge de prononcer en même temps la séparation de corps. Celle-ci n'a lieu qu'autant qu'après le payement de l'amende les troubles recommencent dans le ménage. Si les discordes avaient été accompagnées de coups et blessures, il y aurait lieu de procéder à des poursuites criminelles.

Pendant la séparation de corps prononcée contre le mari, la fortune et les enfants restent entre les mains de la femme, à moins que celle-ci ne soit incapable d'administrer les biens et d'élever ses enfants ; dans ce dernier cas, le juge lui nomme un conseil et fixe le montant de la pension qui est due à son mari s'il se

trouve dans le besoin. Toutes les fois que la communauté ne consiste que dans les revenus des propriétés du mari, la femme et les enfants en obtiennent deux tiers et le mari un tiers.

La séparation de corps est-elle prononcée contre la femme, celle-ci n'a droit qu'à une pension, et encore à la condition qu'elle ne puisse pas subvenir à ses dépenses par le travail.

Lorsque les torts sont réciproques, l'administration des biens et l'éducation des enfants sont confiées à celui des époux qui paraît le plus capable et l'autre n'a droit, en cas de besoin, qu'à une pension alimentaire; dans le doute, on préfère le mari.

Ces dispositions du code de 1734 ont été complétées par des lois postérieures. Il existe aujourd'hui, en Suède, encore d'autres causes de divorce dont ne parlait pas ce code : la réclusion à perpétuité ou le bannissement, pourvu que l'autre époux ait été entièrement étranger au crime et qu'il n'y ait pas eu cohabitation volontaire depuis la condamnation ; l'attentat à la vie de l'un des conjoints par l'autre ; la démence incurable, toutes les fois que l'autre époux n'en est pas la cause. Dans ce dernier cas, chaque conjoint conserve ses droits matrimoniaux et l'aliéné a même droit à des aliments s'il y a lieu.

Un conjoint peut encore demander le divorce par requête au roi, en conseil d'Etat, en cas de condamnation infamante, ou à cause de conduite déshonorante, ou s'il y a incompatibilité d'humeur (1).

(1) Loi du 27 avril 1810.

C. Norwège.

Le mariage se contracte en la forme religieuse pour ceux qui appartiennent à la religion de l'Etat; il est célébré par le ministre dans l'Eglise et dans la commune du domicile de la femme. On est autorisé à contracter mariage dès qu'on a été admis aux sacrements de l'Eglise et cette admission a lieu à partir de l'âge de quinze ans (*Rituel* du 25 juillet 1685). La fille a besoin du consentement de ses parents ou de son tuteur ; on en dispense toutefois la veuve qui se remarie (1).

Une loi norwégienne du 16 juillet 1845 a introduit le mariage civil pour ceux qui n'appartienent pas à la religion luthérienne. Ce mariage est contracté devant un notaire, qui doit exiger l'accomplissement des formalités préliminaires et des conditions de capacité prescrites pour les mariages des luthériens. Toutefois, aucune publication ni certificat de baptême ou d'admission aux saints Sacrements n'a besoin d'être produit.

Les causes du divorce sont les mêmes pour le mari et pour la femme. Les époux peuvent demander le divorce :

Pour cause d'adultère (code de 1687; 3, 18, 15, 1, § 1);

(1) Code de 1687, 3, 18, 1.

Pour cause d'abandon sans motif pendant trois années au moins (code de 1687; 3, 18, 15, 2, § 1);

Pour cause d'absence, lorsqu'elle remonte à sept ans au moins et qu'il n'y a aucune présomption de mort (code de 1687 ; 3, 18, 15, 2, § 3);

Pour condamnation aux travaux forcés à perpétuité, si le roi n'accorde pas la grâce dans les sept premières années (ord. du 18 décembre 1750) (1).

Le divorce est aussi permis par consentement mutuel; mais dans ce cas les époux doivent d'abord être pendant trois ans séparés de corps par l'autorité civile, qui essaye de les dissuader de leur projet et au bout de ce temps, le divorce n'a lieu qu'avec la permission du roi (ord. du 18 octobre 1811).

Chacun des époux ainsi divorcés a besoin d'un permission spéciale pour se remarier.

Quant aux biens, le divorce produit les mêmes effets que la dissolution du mariage par la mort.

(1) L'impuissance et les maladies repoussantes sont aussi indiquées parmi les causes du divorce ; mais comme elles doivent être antérieures au mariage, il y a plutôt nullité (code de 1687 ; 3, 18, 15).

ÉTATS-UNIS.

Nous avons vu qu'en Angleterre le pouvoir civil n'avait pas encore réglementé le mariage avant le siècle dernier et qu'on appliquait les principes du droit canonique antérieurs au concile de Trente. Ces anciennes formes du mariage (encore usitées en Ecosse, où les mariages dits irréguliers constituent en réalité des unions légitimes) ou, pour mieux dire, cette absence de formes, s'est conservée aux Etats-Unis dans un grand nombre d'Etats. Il n'existe pas de loi fédérale réglant le mariage d'une manière uniforme pour toute la confédération ; chaque Etat possède sa législation civile qui lui est propre. Sauf exception pour la Louisiane, l'esprit de cette législation est partout le même : rendre le mariage facile et le concubinage à peu près impossible, en supprimant les formes solennelles. Il suffit du seul échange des consentements entre les parties, sans aucune cérémonie religieuse ou civile, sans que la présence de témoins soit même exigée. Dans une promenade, un jeune homme et une jeune fille se disent mari et femme, il y a mariage. La preuve du mariage est aussi facile que sa formation ; tous les moyens sont admis. Le consentement des parents n'est jamais exigé. Enfin, et c'est

là le caractère le plus curieux de cette législation, la présomption du mariage résultant d'un fait quelconque, par exemple, de *verba de præsenti,* ne peut pas être détruite par la simple preuve contraire ; il faut prouver l'impossibilité du mariage pour faire tomber la présomption (1). Ce n'est pas encore tout, ces principes si extraordinaires sont appliqués par les tribunaux américains, même à des faits accomplis à l'étranger et entre étrangers, de sorte que deux personnes peuvent être considérées comme mariées par la loi américaine, quoiqu'il n'y ait pas mariage d'après la loi de leur pays (2).

Cette législation, conforme à l'ancien droit anglais, semblable à celle qui était observée en France avant l'ordonnance de Blois, est fort vantée par certains jurisconsultes anglais et américains. A leur avis, elle supprime à peu près complétement le concubinage ; elle sauvegarde la liberté de la volonté des contractants ; elle assure à la femme sa dignité en l'élevant au même rang que l'homme.

Nous ne pouvons partager cette opinion. Le système américain nous semble tout à fait dangereux, comme l'attestent d'ailleurs des faits nombreux. S'il diminue le nombre des concubinages, c'est parce qu'il descend le mariage du rang élevé que lui donnent les législations de l'Europe, au risque de compromettre sa dignité. En supprimant le consentement des ascendants, la loi retire une garantie aux futurs époux, en même temps qu'elle se montre injuste envers les parents qui, eux aussi, sont intéressés au mariage comme représentants

(1) Voyez la curieuse sentence de la cour suprême des Etats-Unis, dans le *Journal de droit international privé,* I, p. 216.
(2) Voyez la sentence précitée.

de la famille. Quant à l'absence de formes, tantôt elle rend la preuve du mariage très difficile ou même impossible, tantôt elle permet de simuler des mariages qui n'ont jamais existé. La fraude et la mauvaise foi contestent souvent, sans difficulté, à un mariage le caractère d'union licite et, d'autres fois, font passer pour mariage des relations irrégulières ; de là, l'incertitude et le trouble dans les familles, surtout en matière de filiation. Les femmes elles-mêmes commencent à se plaindre de cette législation qui, sous prétexte d'assurer leur liberté et leur égalité, les met à la discrétion des hommes, facilite les répudiations et compromet leur dignité. Les faits révèlent souvent devant la justice l'erreur des partisans du mariage libre, par exemple, le procès de madame Gaine, femme du général de ce nom, à laquelle il fallut trente-quatre ans de plaidoiries pour prouver qu'elle était fille légitime, parce que son père s'était marié, alors qu'il était encore dans les liens d'un premier mariage, avec une femme qui, elle-même, était mariée à un autre (1). C'est qu'en effet les cas de bigamie sont très fréquents en Amérique : on abandonne sa femme en quittant la ville que l'on habitait avec elle. Le fugitif se rend dans une autre localité où, en l'absence de solennités constatant le premier mariage, il se fait facilement passer pour célibataire. Les peines, souvent draconiennes, édictées par différentes lois contre la bigamie, sont la preuve manifeste de l'impuissance du législateur à réprimer ces abus. Dans certains Etats, par exemple dans celui de New-York, on a voulu remédier au mal en établissant pour le mariage des solennités ; mais ces formes sont plutôt recommandées

(1) Voyez la *Revue de Droit international,* II, p. 246.

qu'imposées aux époux et leur omission n'entraînerait pas nullité du mariage.

L'influence du droit anglais s'est aussi fait sentir aux Etats-Unis en matière de divorce. En principe, c'est la législature de chaque pays qui doit prononcer le divorce, comme autrefois le parlement en Angleterre. Mais ce qui avait rendu le divorce rare chez nos voisins, est devenu la cause de nombreux abus en Amérique. Dans quelques Etats, ce pouvoir a été restreint par des dispositions constitutionnelles qui exigent, pour la validité du divorce, les deux tiers des voix de chacun des deux corps de la législature. Ailleurs, la législature n'a plus que le pouvoir d'autoriser les tribunaux à prononcer le divorce, en renvoyant devant eux. Aujourd'hui, dans presque tous les Etats, les tribunaux ont le droit de prononcer, à leur choix, le divorce ou la séparation de corps, soit temporaire, soit perpétuelle. Les causes du divorce ou de la séparation de corps sont actuellement presque toujours indiquées par les lois civiles. La dissolution du mariage peut être ordinairement demandée pour adultère de l'un ou de l'autre des époux, excès, sévices et injures graves, abandon volontaire et prolongé, habitudes d'ivrognerie. Dans le Connecticut et l'Ohio, on trouve en outre indiqués, comme cause de divorce *a vinculo*, les contrats frauduleux *(fraudulent contracts)* et l'intempérance habituelle depuis trois ans avec négligence totale de ses devoirs. Il est très rare que les causes de divorce soient abandonnées au pouvoir arbitraire des juges; c'est cependant ce qui a lieu dans l'Etat de Missouri.

La législation américaine paraît entrer dans une voie tout à fait favorable à l'extension du divorce. On ne considère plus les lois actuellement en vigueur comme

suffisantes, et de plusieurs côtés on propose de relâcher encore les liens du mariage (1).

Au sénat d'Albany (Etat de New-York), on a présenté un bill qui autorise la femme à demander le divorce contre son mari toutes les fois que celui-ci, par sa conduite, tend à la priver de la société de ses parents (le bill ajoute : « ou de ses amis ») ou s'il lui rend avec préméditation la vie malheureuse ou même seulement difficile. Dans le même esprit, le sénat de Boston a chargé son comité judiciaire d'examiner s'il n'y avait pas lieu d'accorder aux femmes qui, en fait, vivent séparées de leur mari, une action en séparation de biens, toutes les fois qu'elles auraient le droit de demander le divorce; mais le comité a rejeté ce projet. Dans l'Etat de Massachusetts, les réformes tentées avec le même esprit ont abouti à de plus graves résultats. Un acte de 1875 a complétement émancipé les femmes mariées de la puissance du mari. Ce même acte établit une sorte de séparation de corps, permet au juge de suspendre les pouvoirs du mari, de statuer sur le sort des enfants, etc. (2).

La famille, telle que nous la comprenons, formant une véritable société fondée sur le sang, jouissant de droits vis-à-vis de ses membres, destinée à se perpé-

(1) Un acte récent de la législature du Maine dispose cependant que le divorce ne pourra être définitivement prononcé moins d'un an après la séparation des époux.

(2) Voyez l'*Annuaire de la Société de législation comparée*, 1876, p. 856. Dans le même état de Massachusetts, il a été voté le 11 juin 1874, un acte qui a pour objet de réprimer les manœuvres frauduleuses employées dans le but d'obtenir ou de procurer le divorce. Il prononce contre les coupables une amende de 1,000 dollars ou deux ans de prison. Le même acte statue sur les cas de divorce et sur la condition des enfants dont les parents sont divorcés.

tuer, rattachant le présent au temps passé par les ancêtres, et le reliant à l'avenir par les enfants, cette famille-là n'existe plus aux Etats-Unis. Elle a été sacrifiée aux intérêts de l'individu dont la liberté ne connaît, pour ainsi dire, pas de bornes.

QUATRIÈME PARTIE

STATISTIQUE

On s'est souvent moqué des statisticiens, et on s'est beaucoup plaint de l'aridité de leur science. Cependant, tout le monde le dit, les chiffres ont leur éloquence ; j'ajouterai : et leur moralité. Comment savoir si le divorce reste stationnaire, ou si ses progrès sont insensibles, ou enfin s'il s'étend rapidement et d'une manière effrayante ? Par la statistique. Comment connaître la proportion des bons et des mauvais ménages, et savoir si le divorce relâche les liens de la famille au point d'en compromettre l'existence ? Toujours par la statistique. Par malheur on n'a compris l'importance et l'utilité de cette science que dans ces derniers temps ; les documents statistiques manquent dès que l'on veut s'écarter des dernières années ; dans un grand nombre de pays on néglige même encore cette source de renseignements. Comme nous ne voulons donner que des indications nettes et précises, nous ne nous sommes attachés, qu'aux documents officiels.

De tous les pays qui admettent le divorce, la Russie

est celui qui le pratique le moins. Cela tient à la pureté des mœurs dans la famille, et aussi à la sévérité de la loi, car ces deux causes réagissent toujours l'une sur l'autre.

Le rapport déjà cité du comte Tolstoï prouve jusqu'à l'évidence qu'on use fort peu du divorce en Russie, et que les mauvais ménages y sont excessivement rares. Ainsi chaque année, le nombre des mariages s'élève à plus de 500,000, et celui des divorces ne dépasse pas 8 à 900. En 1879, il a été célébré 468,662 mariages (1). Les divorces prononcés par le Synode se sont élevés à 829, mais il est fort important de constater sur quelles causes ils reposent. On sait que la loi russe admet seulement trois cas de divorce. La cause la plus fréquente est la disparution de l'un des époux ; elle figure dans le nombre total des divorces pour la proportion de 58 pour 100. La condamnation à une peine emportant privation de tous les droits, le plus souvent aux travaux forcés en Sibérie, entraîne aussi la rupture du nœud conjugal ; 30 pour 100 des cas de divorce se rattachent à cette cause. Il ne reste donc que 8 pour 100 pour les divorces qui ont leur cause dans l'adultère de l'un des époux.

Dans l'Europe occidentale, le pays qui use le moins du divorce est la Belgique, et cependant on remarquera dans les statistiques de ce pays, comme dans celles de tous les autres, que le divorce ne cesse jamais d'augmenter, et beaucoup plus rapidement que les mariages. Ainsi, en Belgique, il y a eu par cent mariages :

0,07	divorces de	1841 à 1845
0,09	—	1846 à 1850

(1) 66,411 de moins qu'en 1876, c'est-à-dire avant les événements de Turquie.

0,10	—	1851 à 1855
0,14	—	1856 à 1860
0,16	—	1861 à 1865
0,19	—	1866 à 1870
0,28	—	1871 à 1875
0,35	—	en 1876

La moyenne annuelle des divorces a été dans le même pays de :

9	divorces	de 1831 à 1835
18	—	1836 à 1840
20	—	1841 à 1845
25	—	1846 à 1850
32	—	1851 à 1855
50	—	1856 à 1860
57	—	1861 à 1865
71	—	1866 à 1870
109	—	1871 à 1875
135	—	en 1876 (1)

Après la Belgique, viennent les Pays-Bas. Les statistiques constatent aussi qu'en Hollande on n'abuse pas encore du divorce, et que cependant il n'a jamais cessé d'y suivre une progression ascendante. Ainsi il y a eu par cent mariages :

0,33	divorces	de 1851 à 1855
0,33	—	1856 à 1860
0,37	—	1861 à 1865
0,38	—	1866 à 1870
0,46	—	1871 à 1875
0,43	—	en 1876
0,50	—	en 1877
0,54	—	en 1878

(1) Nous avons relevé dans la partie consacrée à la Belgique chacune des années où l'augmentation s'est produite. On trouvera également plus loin un tableau synoptique complet des divorces en Belgique, de 1830 à 1875, d'après les documents recueillis par le ministère de l'intérieur. Ce tableau est extrait du *Journal de la Société de statistique de Paris*.

La moyenne annuelle des divorces a été en Hollande :

81	divorces	de	1851 à 1855
86	—		1856 à 1860
103	—		1861 à 1865
110	—		1866 à 1870
142	—		1871 à 1875
137	—	en	1876
159	—	en	1877
167	—	en	1878

Les statistiques relatives à quelques pays de l'Allemagne prouvent que le divorce y est beaucoup plus pratiqué qu'en Belgique; elles établissent aussi, bien entendu, qu'il prend sans cesse des développements de plus en plus grands. Ainsi, dans le grand duché de Bade, il y a eu par cent mariages :

0,25	divorces	de	1866 à 1870
0,38	—		1871 à 1875
0,62	—	en	1876
0,74	—	en	1877

La moyenne annuelle des divorces a été dans ce pays :

30	divorces	de	1866 à 1871
50	—		1871 à 1875
76	—	en	1876
84	—	en	1877

Dans la Hesse, les statistiques donnent à peu près les mêmes résultats. On a compté par cent mariages :

0,40	divorces	de	1861 à 1865
0,38	—		1866 à 1870
0,43	—		1871 à 1875
0,64	—	en	1876

La moyenne annuelle des divorces a été :

29 divorces de 1861 à 1865

27	—	1866 à 1870
33	—	1871 à 1875
45	—	en 1876

En Suède, la moyenne des divorces est aussi à peu près la même; on constatera, toutefois, qu'elle y augmente d'une manière beaucoup moins sensible. Il y a eu par cent mariages :

0,50	divorces	de 1831 à 1835
0,48	—	1836 à 1840
0,42	—	1841 à 1845
0,44	—	1846 à 1850
0,44	—	1851 à 1855
0,43	—	1856 à 1860
0,48	—	1861 à 1865
0,50	—	1866 à 1870
0,58	—	1871 à 1875
0,68	—	en 1876
0,60	—	en 1877

La moyenne annuelle des divorces a été dans le même pays :

111	divorces	de 1831 à 1835
100	—	1836 à 1840
98	—	1841 à 1845
114	—	1846 à 1850
116	—	1851 à 1855
125	—	1856 à 1860
136	—	1861 à 1865
124	—	1866 à 1870
175	—	1871 à 1875
212	—	en 1876
211	—	en 1877

De ces pays, passons à la Saxe, ensuite à la Suisse. En Saxe, le divorce n'augmente pas d'une manière très sensible ; on peut même dire qu'il y est resté stationnaire, mais cela tient peut-être à ce qu'il y a toujours

été très largement pratiqué : il y a près de 3 divorces pour 100 mariages. Ainsi, on compte par 100 mariages :

2,56	divorces	de 1836 à 1840
2,44	—	1841 à 1845
2,50	—	1846 à 1850
2,78	—	1851 à 1855
2,31	—	1856 à 1860
2,10	—	1861 à 1865
2,01	—	1866 à 1870
2,22	—	1871 à 1875
2,61	—	en 1876.
2,58	—	en 1877

La moyenne annuelle des divorces a été en Saxe :

356	divorces	de 1836 à 1840
367	—	1841 à 1845
395	—	1846 à 1850
451	—	1851 à 1855
424	—	1856 à 1860
425	—	1861 à 1865
442	—	1866 à 1870
594	—	1871 à 1875
758	—	en 1876
687	—	en 1877

Il faut toutefois ajouter que depuis 1861 ces chiffres comprennent aussi les déclarations de nullité de mariage, mais on sait que ces nullités sont excessivement rares.

En Suisse, la progression et le nombre des divorces sont effrayants. Il suffit, pour se convaincre de la différence qui existe entre la Suisse et les autres pays déjà cités, de jeter les yeux sur le tableau suivant :

Belgique,	année 1871 à 1875,	en moyenne	108 div.;	Pour 100	mariages,	0,27 div.
Bade,	— 1865 1875,	—	38	—	100	—	0,30 —
Hollande,	— 1870 1874,	—	124	—	100	—	0,41 —

Suède,	— 1871 1874,	—	173	—	100	—	0,58 —
Wurtemberg,	— 1871 1374,	—	111	—	100	—	0,59 —
Saxe,	— 1872 1874,	—	618	—	100	—	2,19 —
Suisse,	— 1876, il y a eu		1102	—	100	—	4,90 —
—	— 1877,	—	1036	—	100	—	4,74 —
—	— 1878,	—	1036	—	100	—	5,03 -

On s'occupe avec beaucoup de soin en Suisse de ces statistiques du divorce. D'après un arrêté fédéral du 17 septembre 1875, le bureau fédéral de statistique doit consacrer un chapitre de sa publication annuelle sur le mouvement de la population, aux divorces et aux déclarations de nullité de mariage qui ont été prononcées pendant l'année; les tribunaux sont tenus de lui fournir, à cet effet, contre indemnité et d'après un formulaire établi par le conseil fédéral, les renseignements nécessaires. Ces renseignements servent à la justice elle-même pour l'inscription des divorces par l'officier de l'état civil sur ses registres. La commission de statistique s'est naturellement préoccupée du développement extraordinaire qu'a pris le divorce en Suisse. On a cru d'abord que la loi nouvelle de 1875 ayant étendu le divorce à tous les cantons, on se trouvait dans une période de transition ; on pensait que les unions mal assorties des cantons jusqu'alors privés du divorce, s'étaient empressées de profiter de la mise à exécution de la nouvelle loi pour rompre le lien conjugal. Mais il a bien fallu reconnaître que c'était là une grave erreur. Les statistiques établissent que les cantons catholiques soumis auparavant au régime de la séparation de corps, n'ont presque pas recouru au divorce. En outre, on peut considérer aujourd'hui la période de transition comme définitivement fermée. Eh bien, les statistiques constatent non-seulement que le nombre des divorces

n'a pas sensiblement varié dans ces dernières années, mais qu'il a même augmenté en 1878. Ainsi il s'est élevé à 1102 en 1876, avec une moyenne de 4,92 pour 100 mariages ; en 1877, il y a eu 1036 divorces, avec une moyenne de 4,74 pour 100 ; en 1878, le nombre des divorces est resté le même que l'année précédente, 1036, mais comme il y a eu moins de mariages, la moyenne ne s'en est pas moins élevée à 5,03 divorces pour 100 mariages.

Il ne faudrait d'ailleurs pas croire que tous les cantons usent du divorce avec la même prodigalité ; il existe, au contraire, des écarts considérables entre certains cantons et la distance est fort grande d'Uri et d'Unterwalden-le-Haut qui ne comptent pas un seul divorce pour l'année 1878 au canton d'Appenzell Rh. ex. où le nombre des divorces, dans la même année, s'est élevé à 68 et a donné une moyenne de 15,45 divorces pour 100 mariages. Le divorce est peu usité dans les cantons du Valais, Schwiz, Zug, Unterwalden-le-Bas, Lucerne, Tessin ; il est beaucoup plus fréquent dans les cantons d'Appenzell Rh. in., Fribourg, Bâle campagne, Soleure, Grisons, Bâle ville ; les abus sont effrayants dans les cantons d'Argovie, de Saint-Galles, de Schaffouse, de Zurich, de Glaris, de Thurgovie, de Genève, et surtout dans celui d'Appenzell Rh. ex.

Voici d'ailleurs le chiffre des divorces prononcés en 1878 dans chaque canton, avec la moyenne des divorces comparés aux mariages :

Année 1878.

CANTONS.	Nombre des demandes en divorce.	Demandes repoussées.	Séparations temporaires.	Divorces prononcés.	Divorces par cent mariages.
Uri	»	»	»	»	0.00
Unterwalden-l-Haut	»	»	»	»	0.00
Valais	4	»	1	3	».51
Schwiz	2	1	»	1	0.66
Zug	5	»	3	2	1.04
Unterwalden-le-Bas	1	»	»	1	1.11
Lucerne	12	1	»	11	1 20
Tessin	11	1	»	10	1.29
Appenzell Rh. int	5	1	2	2	1.98
Fribourg	17	»	3	14	2.00
Bâle campagne	17	1	1	15	3.14
Soleure	19	1	»	18	3.24
Grisons	28	1	2	25	3.98
Bâle ville	31	1	5	25	4.08
Vaud (1)	78	1	4	73	4.46
Neuchatel	36	»	2	34	4 51
Berne	179	2	5	172	4.70
Argovie	78	»	8	70	5.26
Saint-Gall	153	12	43	98	6.16
Schaffouse	27	5	1	21	6.67
Zurich	246	26	8	212	7.74
Glaris	23	»	»	23	7.93
Thurgovie	72	2	5	65	8.12
Genève (2)	89	4	12	73	8.30
Appenzell Rh. ex	132	17	47	68	15.45
TOTAUX	1.265	77	152	1.036	5.03

(1) Dans son travail sur *La puissance maritale* (p. 109), M. Bridel donne des renseignements statistiques intéressants sur le divorce dans le canton de Vaud. De 1859 à 1878, 267 divorces ont été prononcés dans ce canton sur la demande formée par le mari, et 637 à la demande de la femme, plus 7 par consentement mutuel, où les deux époux étaient demandeurs; 13 dont nous ignorons le sexe. Total 924 divorces pendant ces vingt dernières années. Sur les 637 divorces prononcés à la demande de la femme, 484 avaient pour cause des excès, sévices ou injures graves de la part du mari. L'auteur tire toutefois de ces indications une conclusion pour le moins fort hardie; il prétend que le divorce est une mesure essentiellement protectrice des intérêts de la femme, et qu'actuellement il constitue le seul droit qu'on lui reconnaisse dans le mariage; sans le divorce, la femme n'est plus protégée et tombe à la discrétion de son mari.

(2) Nous avons déjà vu avec quelle rapidité le divorce a progressé dans le canton de Genève, surtout depuis la loi de 1875. Il n'est pas

Ces statistiques nous paraissent concluantes. Partout le divorce tend sans cesse à augmenter ; on ne peut pas constater une seule exception à cette règle inflexible. N'est-il pas permis d'en conclure que le divorce amène fatalement l'abus du divorce et n'est-ce pas le cas de dire à ses partisans, après la lecture de ces chiffres : *et nunc erudimini.* Sans doute, la progression n'est pas partout aussi rapide. Dans certains pays elle se fait très lentement, dans d'autres elle est effrayante, mais partout elle existe.

En Suisse, les autorités se sont légitimement émues d'un état de choses qui tend à convertir le mariage en un bail temporaire. Le rapport du bureau de statistique pour l'année 1878 a le courage de faire de tristes aveux. « Pour expliquer ce résultat peu flatteur pour nous, dit-il, il nous faut admettre ou que les liens de famille sont beaucoup plus relâchés en Suisse que dans les pays auxquels nous la comparons, ou que les facteurs qui doivent opposer une digue à l'inconstance du cœur humain, la loi et les tribunaux, sont moins puissants chez nous qu'ailleurs. » La suite du rapport s'en prend autant à la justice qu'à la loi. Elle reconnaît d'ailleurs qu'avant cette loi nouvelle, le divorce était interdit ou soumis à des restrictions sévères dans un certain nombre de cantons ; mais il paraît que la loi de 1875 étant assez vague, les tribunaux se laissent aller à la tendance

inutile de le rappeler ici. Il y a eu dans le canton de Genève : en 1870, 6 divorces; en 1871, 10 ; en 1872, 16; en 1873, 18 ; en 1874, 17; en 1875, 29, dont un par consentement mutuel ; en 1876, 66; en 1877, 54; en 1878, 73. L'année dernière, en 1879, le total des divorces prononcés par le tribunal civil de Genève est tombé à 43. Malheureusement, il ne semble pas permis de conclure de ce fait que la progression des divorces soit arrêtée, car, pendant l'année actuelle, du 1er janvier au 24 avril 1880, jour où nos renseignements s'arrêtent, il a déjà été prononcé 30 divorces.

générale et prononcent le divorce très légèrement. « La jurisprudence moderne, continue le rapport, est arrivée à reconnaître que la loi, malgré une énumération aussi complète que possible des motifs du divorce, ne pourra jamais prévoir d'avance toutes les causes qui, selon les circonstances, sont de nature à faire prononcer la dissolution du mariage ; de même, si l'on voulait contraindre le juge à ne prendre en considération que les motifs prévus par la loi, sans l'autoriser à porter un jugement indépendant sur le fond de la question, cela n'empêcherait pas de prononcer des divorces qui seraient bien plus conformes à la lettre de la loi, mais qui ne seraient pas basés sur la réalité des faits. »

Les rapports du bureau fédéral de statistique recherchent aussi chaque année avec soin, l'influence que peuvent exercer l'âge des époux, leur religion, l'existence d'enfants, etc. Ils constatent toujours que les divorces sont assez rares, lorsque l'âge du mari est supérieur à celui de sa femme et qu'ils augmentent très sensiblement à mesure que l'âge du mari se rapproche de celui de sa femme ou descend même au-dessous. On a aussi constaté que les femmes mariées après avoir atteint l'âge de trente ans et surtout celui de quarante ans, divorcent beaucoup plus que celles mariées avant d'avoir atteint cet âge. Il est également constaté, et cela s'explique facilement, que les protestants usent beaucoup du divorce. Au point de vue de la profession, les statistiques établissent que les divorces ont lieu le plus souvent, parmi les industriels et les commerçants ; après eux viennent les journaliers et les domestiques. C'est dans les mariages où le mari appartient à l'administration, aux sciences ou aux arts, s'a-

donne à l'agriculture que les divorces ont lieu le plus rarement. Parmi les époux divorcés, deux cinquièmes sont sans enfants, alors que les unions stériles ne forment cependant qu'un cinquième de la totalité des mariages.

Arrivons à la France. Il est permis d'affirmer maintenant que si le divorce était rétabli, il ne tarderait pas à s'y développer aussi avec une progression constante. Au contraire, dans l'état actuel, le nombre des séparations de corps n'augmente pas sensiblement; il est très peu élevé si on le compare à celui des divorces à l'étranger. On ne comptait pas en France plus de séparations de corps avant 1861 qu'il n'y a eu de divorces en Suisse dans chacune de ces dernières années, quoique la population de la France soit dix-huit fois plus élevée, et si, depuis 1852, les séparations de corps ont augmenté chez nous pour une cause que nous allons faire connaître, elles sont encore loin d'atteindre, en moyenne, le total des divorces de la plupart des pays étrangers. L'augmentation du nombre des demandes en séparation de corps depuis 1852 doit être attribuée à la loi du 22 janvier 1851 qui, en organisant l'assistance judiciaire, a rendu l'accès de la justice beaucoup plus facile à tous. Nous possédons des renseignements très précis sur le nombre des séparations de corps : ils nous sont donnés par le rapport que le garde des sceaux adresse chaque année au chef de l'Etat, aujourd'hui au président de la République, sur l'administration de la justice civile. Voici les nombres moyens annuels des demandes en séparation de corps portées devant les tribunaux :

de 1846 à 1850.....	1080
de 1851 à 1855.....	1529

de 1856 à 1860.....	1913
de 1861 à 1865.....	2395
de 1866 à 1869.....	2922
de 1872 à 1875.....	2881

En 1876, il y en a eu 3,251. Mais on remarquera qu'en trente années, la population a sensiblement augmenté.

Il résulte des statistiques que les demandes sont bien plus fréquentes de la part des femmes que de la part des maris. En moyenne, sur 100 demandes 14 seulement sont formées par les maris. Ainsi il y a eu : de 1851 à 1856, 1395 demandes formées par les femmes et 134 par les maris ; de 1856 à 1861, 1729 demandes formées par les femmes et 134 par les maris ; de 1861 à 1866, 2135 demandes formées par les femmes, et 260 par les maris ; de 1866 à 1871, 2591 demandes formées par les femmes et 330 par les maris.

Ces demandes n'ont pas d'ailleurs toutes réussi. Les tribunaux en ont écarté un grand nombre ; quelques-unes se sont terminées par désistement ou par la mort de l'un des époux. En définitive, les tribunaux ont prononcé :

de 1851 à 1856....	1127	séparations.
de 1856 à 1860....	1440	—
de 1861 à 1865....	1811	—
de 1866 à 1871....	2234	—

Si nous reprenons les 3281 demandes en séparation de corps formées en 1876, nous voyons que près des quatre dixièmes des époux (1245 ou 38 p. 0/0) appartenaient à la classe ouvrière ; avant la loi de 1851, cette catégorie ne formait pas le quart du nombre total ; 576 conjoints vivaient de leurs revenus ou exerçaient des

professions libérales ; 528 étaient dans le commerce et 441 travaillaient aux champs ; le métier des 461 autres n'a pas été connu. Au moment de la demande, le mariage avait duré moins d'un an pour 17 des époux ; d'un an à cinq ans pour 684 ; de cinq à dix ans pour 922 ; de dix à vingt ans pour 1070 et de plus de vingt ans pour 542 ; le renseignement n'a pas été fourni pour seize. Dans 38 cas sur 100 l'union avait été stérile. Les demandes principales ou reconventionnelles (celles-ci au nombre de 202 en 1876) sont presque toujours fondées sur des excès, sévices ou injures graves (3093 sur 3453) ; l'adultère de la femme a servi de base à l'action dans 211 affaires, et celui du mari dans 106 ; enfin la condamnation de l'un des conjoints à une peine infamante a motivé 43 fois la séparation. Il a été rayé du rôle, sans jugement, 449 affaires dont 250 retirées par suite de la réconciliation des époux. Les tribunaux ont prononcé la séparation, en 1876, dans 2534 affaires et l'ont refusée dans 268. Plus de la moitié des affaires jugées, 1423, venaient des bureaux d'assistance judiciaire, qui avaient fait droit à 1266 demandes, pour intenter l'action en séparation de corps, à 52 pour y défendre ; dans les 105 autres affaires l'assistance avait été accordée aux deux parties.

A ce propos, il n'est pas inutile de rappeler l'erreur de certaines personnes qui, tout en traitant la question du divorce, ignorent l'existence de la loi sur l'assistance judiciaire... et beaucoup d'autres choses encore. Les uns ont dit qu'il ne fallait pas redouter les abus du divorce parce qu'il serait réservé aux riches ; d'autres ont combattu le divorce en soutenant qu'il établirait une inégalité entre les riches qui s'en serviraient et les pauvres qui ne pourraient pas en user. La loi sur l'as-

sistance judiciaire rendrait le divorce accessible à tous, plus facile même aux pauvres qu'aux personnes possédant une fortune médiocre. En sa qualité de catholique, Ozanam repoussait déjà le divorce par les raisons ordinaires de l'Eglise ; mais comme libéral il reprochait à cette institution d'être aristocratique, à l'usage exclusif des grosses bourses et des longs loisirs. Les gens du peuple, disait-il, les travailleurs obligés de gagner leur vie au jour le jour, auraient-ils le temps et le moyen de s'adresser aux avocats et aux avoués? Il est juste d'ajouter qu'Ozanam écrivait sa piquante brochure sur le divorce en 1848.

CONCLUSION.

Plusieurs faits considérables se dégagent des détails de cette étude sur le mariage civil et sur le divorce dans les principaux pays de l'Europe.

1° Le mariage a d'abord été considéré comme un acte juridique. Sous l'influence de l'Eglise, il a perdu, de plus en plus, ce caractère pour devenir, avant tout, un acte religieux. D'après la doctrine de l'Eglise, le mariage est un acte exclusivement religieux, mais produisant des effets juridiques ; aussi l'Eglise refuse au pouvoir temporel le droit d'en déterminer les conditions de validité et aux tribunaux civils le droit de juger les questions de nullité de mariage. Elle ne reconnaît au pouvoir temporel que le droit de régler les effets du mariage.

Cette doctrine ne pourrait avoir force de loi, dans un Etat, qu'en vertu d'un accord intervenu entre l'Eglise catholique et le pouvoir séculier. Mais alors de deux choses l'une :

Ou bien l'Etat ne reconnaîtrait pour tous que le mariage célébré devant l'Eglise, et le principe de la liberté de conscience serait anéanti ;

Ou bien cette forme du mariage ne concernerait que les catholiques, les autres personnes ayant le droit de

s'unir suivant leurs lois religieuses ou de contracter un mariage civil, et alors l'unité de législation serait supprimée (1).

Dans l'un et l'autre cas, la sécularisation du droit disparaît, mais avec le consentement de l'Etat, dont les ministres du culte deviennent, sous certains rapports, les mandataires.

Quant à prétendre que l'Eglise a le droit d'imposer ses lois canoniques à l'Etat, on ne peut le soutenir qu'en niant l'indépendance et la souveraineté du pouvoir temporel. Aussi, déjà dans notre ancienne France cette doctrine avait soulevé les plus vives protestations. Nous avons vu que nos rois se sont toujours attribué le droit de déterminer les conditions du mariage. On en était arrivé à reconnaître que le mariage est un acte d'une nature mixte et indivisible, à la fois contrat civil et sacrement. Aujourd'hui notre loi civile va plus loin, elle sépare le contrat du sacrement et ne considère plus le mariage que comme un acte juridique et social.

De leur côté, certains juristes, abandonnant la tradition de Pothier, en reviennent aux vieilles doctrines de l'Eglise et soutiennent que le mariage tout entier rentre dans son domaine exclusif (2). Ils ne comprennent pas

(1) Le législateur français ne recule pas devant cette nécessité lorsque les circonstances l'exigent. Ainsi un décret du 24 avril 1880, tout en organisant l'état civil suivant les principes de notre code dans nos établissements de l'Inde, même pour les gentils et les musulmans, dispose quant au mariage : « Les natifs appartenant au culte brahmanique ou musulmam pourront, ou bien contracter mariage devant l'officier de l'état civil, ou bien continuer à faire célébrer leurs mariages conformément aux us et coutumes » (art. 3.) — « Le brahme, le pandaron ou le cazi, qui célébrera un mariage, sera tenu d'en donner avis par écrit dans les vingt-quatre heures, à l'officier de l'état civil de la localité » (art. 4.) Voir le *Journal officiel* du 30 avril 1880.

(2) Pour en donner la preuve, nous nous bornerons à citer un extrait d'un compte-rendu, d'ailleurs très bienveillant sur la première

l'indépendance des pouvoirs spirituel et temporel l'un vis-à-vis de l'autre. Montesquieu a déjà dit au siècle dernier « quelques respectables que soient les idées qui naissent immédiatement de la religion, elles ne doivent pas toujours servir de principes aux lois civiles, parce que celles-ci en ont un autre qui est le bien général de la société » (1). Une religion ne peut exiger du pouvoir temporel que la liberté de s'exercer et de se propager ; toute autre prétention serait abusive, attentatoire à l'indépendance de l'Etat et même contradictoire, car il ne serait pas sérieux de demander à l'Etat la liberté pour l'Eglise et de la refuser à l'Etat vis-à-vis du pouvoir spirituel. Le pouvoir civil a donc le droit de réglementer le mariage autrement que ne le fait telle ou telle religion. La société peut même décréter le divorce, si elle le trouve utile ; l'abolir, si elle le croit funeste. Si on l'établit, les catholiques n'ont pas le droit de se plaindre, d'autant plus qu'ils ne sont pas obligés d'en user et peuvent, pour satisfaire leur conscience, considérer comme une simple séparation de corps ce que la loi

édition de cet ouvrage : « L'auteur prétend légitimer le mariage civil au nom des principes fort équivoques de la liberté de conscience et de la sécularisation du droit ; or le mariage civil a l'inconvénient capital de n'être pas un mariage. M. Glasson est d'autant moins excusable dans son erreur, qu'il semble avoir fait une étude assez approfondie de la doctrine de l'Eglise sur ce point. Il connaît le droit canonique, les décisions du concile de Trente ; il a lu la brochure du père Daniel et cite même la lettre de Pie IX à Victor Emmanuel. Il a donc dû se convaincre que, pour tout catholique, le mariage n'est rien autre chose qu'un sacrement, par conséquent, tout entier du domaine de l'Eglise et que, l'Etat, incompétent pour juger sa validité, peut seulement régler ses effets civils. » (*Revue catholique des institutions et du droit*, n° de juin 1879) Il aurait peut être été prudent de ne pas traiter de « principe équivoque » celui de la liberté de conscience au moment où l'on s'en sert pour défendre une autre liberté, celle de l'enseignement (voir la même *Revue*, même numéro). Tant il est vrai que toutes les libertés se tiennent et qu'on ne peut pas toucher à l'une sans compromettre les autres.

(1) Cpr. Legrand, *Le mariage et les mœurs en France*, p. 202.

civile appelle un divorce. En sens inverse, si une loi civile déclare le mariage indissoluble, les protestants et les Israëlites n'ont rien à réclamer. La loi civile a le droit d'édicter des dispositions plus sévères que celles de la loi religieuse, comme aussi elle peut permettre ce que celle-ci défend. L'exclusion du divorce ne peut donc pas être demandée parce que l'Eglise a proclamé le principe de l'indissolubilité, mais il ne faut pas non plus se déclarer partisan du divorce par esprit d'opposition à la loi religieuse. La loi civile a organisé le mariage à un point de vue purement social ; ce sont seulement des raisons du même ordre qui doivent faire admettre ou rejeter l'indissolubilité.

2° Le mariage civil s'est propagé avec une extrême rapidité dans toute l'Europe ; en une soixantaine d'années, il s'est implanté dans la plupart des législations. Partout il a été considéré comme une conséquence nécessaire de la liberté de conscience ; aussi son introduction a souvent coïncidé avec des réformes d'un caractère religieux. En organisant le mariage civil, chaque Etat ne fait qu'user de son droit de souveraineté ; mais il doit de son côté respecter l'indépendance des religions. En subordonnant le mariage religieux à la célébration préalable du mariage civil, plusieurs législations méconnaissent cette vérité et risquent de froisser la conscience de certaines personnes. Toutefois, le plus souvent, cette restriction a été nécessitée par la nouveauté même du mariage civil ; les populations qui ne connaissaient pas ce mariage, n'y auraient pas recouru et cet oubli aurait jeté les perturbations les plus graves dans un certain nombre de familles. C'est à cause de cette nécessité sociale que notre loi a exigé la célébration du mariage civil avant l'union religieuse et on ne

pourrait en demander la suppression que le jour où cette nécessité disparaîtrait parce que le mariage civil, accepté et respecté par tous les partis, serait entré dans les mœurs de tous, à la campagne comme à la ville. Alors seulement, le législateur pourrait sans danger rendre hommage à l'indépendance de l'Eglise vis-à-vis de l'Etat, en acceptant le système consacré par le code civil italien.

3° Pendant que le mariage civil se généralisait et devenait, pour ainsi dire, le droit commun de l'Europe, le divorce est resté stationnaire et a même disparu de notre pays. Ce contraste est remarquable; il prouve l'erreur de ceux qui voient dans le divorce une conséquence nécessaire du mariage civil.

L'étude des législations comparées nous a montré que le divorce répugne aux peuples de race latine. La France, l'Italie, l'Espagne, le Portugal ne lui ont pas donné place dans leurs lois actuelles; s'il existe en Roumanie, c'est sous l'influence des Slaves qui entourent ce petit pays de toutes parts.

Le divorce est soumis à de sévères restrictions chez les peuples slaves et scandinaves. Ce sont les peuples d'origine germanique qui l'autorisent avec le plus de facilité, parfois même jusqu'à l'abus; l'Angleterre fait toutefois exception.

Personne ne songe à demander la suppression du divorce dans les pays où il existe, sauf peut-être en Bavière. En Suisse, quelques esprits le critiquent amèrement; mais ils ne forment qu'une faible minorité. Toutefois beaucoup de personnes, surtout dans le canton de Genève, regrettent la loi nouvelle qui a compromis la dignité du mariage en permettant de le rompre avec une excessive facilité. Il y a aussi en Allemagne

et aux Etats-Unis des personnes qui se plaignent de la trop grande facilité du divorce ; mais aucune d'elles ne demande autre chose que des lois plus sévères. En Russie, au contraire, tout le monde paraît d'accord pour reconnaître que le divorce n'y donne lieu à aucun abus.

Le divorce a pris de fortes racines parmi les nations de race germanique ou slave, et le législateur qui voudrait le supprimer soulèverait contre lui l'opinion publique. Néanmoins, même dans la plupart des pays où domine la race germanique, on commence à constater avec un certain effroi les progrès trop rapides que le divorce fait dans les mœurs.

Est-il vrai que les peuples latins aient repoussé le divorce à cause de leur attachement à la religion catholique et que les autres nations l'aient accepté avec faveur parce qu'il venait de la réforme? Nous reconnaissons volontiers que les idées religieuses ont longtemps exercé une influence décisive et qu'aujourd'hui encore la masse d'une nation ne peut y échapper. Mais le législateur moderne, tout en tenant compte de cet état de choses, s'est personnellement désintéressé de toute influence religieuse le jour où la sécularisation du droit a été proclamée et où le mariage civil a été organisé. Les travaux préparatoires du Code civil de l'Italie le prouvent jusqu'à l'évidence. C'est en se fondant sur les principes mêmes de la famille civile, que la loi italienne a repoussé le divorce.

Le grand tort de la séparation de corps, c'est de punir, autant et parfois même plus, l'époux innocent que l'époux coupable ; mais elle offre l'avantage considérable de ne pas sacrifier l'intérêt des enfants en laissant toujours la possibilité d'une réconciliation et elle évite

aux enfants le scandale de voir leurs parents se remarier. Un des plus grands torts du divorce est de briser complètement l'avenir des enfants et de les placer dans une situation parfois plus dure que celle de ces pauvres êtres abandonnés de leurs parents. On se plaint déjà de ce qu'en cas d'un second mariage la situation des enfants nés d'un premier lit laisse souvent à désirer, surtout si c'est un père qui s'est remarié. Combien doit être encore plus antipathique la présence au foyer domestique d'enfants que l'autre conjoint a eus d'un premier mariage avec une personne encore actuellement en vie. Montesquieu lui-même l'a reconnu, et Jean-Jacques Rousseau a proclamé qu'il y aurait toujours là contre le divorce une raison invincible et naturelle.

On invoque encore en faveur du divorce l'intérêt des femmes. « Malgré les articles du Code civil qui semblent reconnaître à la femme des droits positifs, dit M. Bridel, en imposant au mari certaines obligations, en réalité, la femme reste sans droits vis-à-vis de son mari, puisqu'aucune sanction ne les garantit. La femme n'a donc qu'un droit, c'est le droit au divorce. Ainsi, par le fait même de la loi, le divorce devient une nécessité pour beaucoup de femmes, afin d'échapper aux conséquences de la puissance maritale. » Et un peu plus loin il ajoute encore : « Bien loin de voir dans l'institution du divorce un danger pour la femme, les faits nous autorisent à y voir une précieuse garantie pour elle, une porte de sûreté pour échapper à la puissance maritale et aux mauvais traitements du mari. Ces mauvais traitements ont certainement pour cause essentielle la puissance maritale, qui apprend à l'homme à considérer sa femme comme un être inférieur, qui lui doit respect et soumission, tandis qu'il n'est tenu envers

elle à aucun égard. » (1). Est-il vrai que notre loi ne reconnaisse aucun droit à l'épouse et à la mère? Nous avons essayé ailleurs de la justifier de ce reproche et ce n'est pas ici le lieu de revenir sur cette question (2). Nous reconnaissons volontiers que le Code civil devrait donner plus de liberté à la femme séparée de corps en la relevant complètement de l'incapacité résultant du mariage. Mais quand on dit que le divorce seul peut protéger la femme contre les mauvais traitements de son mari, on semble vraiment oublier cette vérité un peu naïve qu'une femme séparée de corps a le droit de quitter son mari. Ce qui est certain, c'est que l'immense majorité des femmes éprouve une répugnance instinctive pour le divorce. Elles voient paraître derrière lui le fantôme de la répudiation et comprennent fort bien qu'elles se trouveraient bien plus abandonnées à la discrétion de leur mari si la loi ne les protégeait plus par l'indissolubilité du mariage. « Il se peut, écrit M. Adolphe Garnier, que le droit de divorcer augmente l'indépendance et l'orgueil de la femme, mais le divorce augmente certainement l'insolence et l'oppression du mari. Or il est facile de voir de quel côté est le plus grand danger. »

On a dit que les séparations de corps ne sont jamais suivies de réconciliation. Cela n'est pas exact. Il est vrai que les époux ne consentent presque jamais à renouer la vie commune lorsqu'elle a cessé pour cause d'adultère, mais les statistiques judiciaires constatent qu'en France les séparations de corps les plus fréquentes sont celles qui ont pour motif les excès, sévices ou

(1) Bridel, *La puissance maritale,* p. 105 et 108.
(2) Voy. nos *Eléments de Droit français,* I, p. 197.

brutalité du mari et, dans ces cas, il n'est pas rare qu'une réconciliation rapproche les époux. D'ailleurs, la plupart des législations qui autorisent le divorce n'admettent-elles pas aussi la séparation de corps temporaire et cette séparation, consacrée par un grand nombre de lois, n'est-elle pas fondée sur l'espoir d'une réconciliation plus ou moins prochaine ? Si telle n'était pas la pensée du législateur, il devrait exclure la séparation de corps et n'autoriser que le divorce.

Pour combattre le divorce au point de vue juridique, les arguments ne font pas défaut.

L'indissolubilité est étrangère aux contrats qui concernent les intérêts pécuniaires, mais elle est de l'essence de tout ce qui tient à la famille. L'adoption est indissoluble ; on est pour toujours fils, père d'un tel ; on doit être pour toujours aussi mari et femme. Le mariage avec le divorce, c'est le mariage à terme ou sous condition ; de là l'incertitude dans la famille et et dans les rapports qu'elle crée. On pourrait même supposer des divorces entachés de vice, par exemple de violence, et dont la nullité serait ensuite prononcée. Qui ne voit le trouble apporté dans les familles par cet état de choses ? A Rome, la constitution de la famille civile reposait sur la puissance paternelle et se trouvait ainsi, dans une certaine mesure, à la discrétion du *paterfamilias*. Celui-ci pouvait, au moyen de l'émancipation, faire sortir de la famille civile ceux qui se trouvaient placés sous sa puissance. Mais, dans les sociétés modernes, la famille repose sur une autre base, sur le mariage. Ce qui tient à la famille est irrévocable ; on ne peut pas cesser, comme à Rome, d'être membre d'une famille. Le divorce consacre donc une exception aux principes fondamentaux de la famille.

Ceux qui veulent assimiler le mariage à un contrat ordinaire se placent à un point de vue absolument faux. Le mariage n'est pas une convention comme la vente ou le louage et on ne peut pas admettre qu'il prenne fin d'un commun accord ou pour violation de la promesse faite. L'assimilation du mariage aux contrats ordinaires conduirait à dire qu'on peut le permettre à terme, sous condition et même à l'essai. Les contrats ordinaires, la vente par exemple, ne sont-ils pas susceptibles de ces modalités ? Certains esprits ont, il est vrai, poussé la hardiesse au point de ne pas reculer devant ces conséquences. Le premier consul disait au conseil d'Etat : « Il faut que les premières années soient un temps d'épreuve, et que si les époux reconnaissent qu'ils ne sont pas faits l'un pour l'autre, ils puissent rompre une union sur laquelle il ne leur a pas été permis de réfléchir. » Bentham, plus hardi encore, a écrit ces paroles : « Domestiques, soldats, matelots, qui n'ont pas de demeure fixe, hommes d'un rang plus élevé, qui n'ont pas encore d'établissement, voilà une classe bien nombreuse qui se trouve réduite à un célibat forcé, et en faveur de qui il faudrait légitimer les contrats pour un temps limité, le mariage à terme qui est innocent par lui-même » (1). Que répondre à de semblables fantaisies ? Ceux qui les ont conçues n'ont pas compris le mariage ni la nature humaine. Le mariage n'étant pas un contrat ordinaire, mais la base de la famille, il ne peut atteindre son but qu'à la condition d'être, comme le disaient les jurisconsultes romains, un *consortium omnis vitæ*. Au moment où ils contractent le mariage, les époux ne comprennent pas leur union autrement ; il

(1) Cpr. Legrand, *Le mariage et les mœurs en France*, p. 204.

serait contraire à la nature humaine de supposer que deux personnes, au moment où elles s'unissent par les liens du mariage, puissent songer à autre chose qu'à une union perpétuelle. Conçoit-on deux personnes se mariant avec l'arrière-pensée de se séparer plus tard. C'est jusque dans l'égarement de la passion et du crime que l'homme se fait de l'union avec la femme, l'idée d'un lien indissoluble. Que de fois la cour d'assises nous révèle des crimes commis par des amants abandonnés? Le seul mobile du crime, en pareil cas, est l'égarement produit par la passion qui n'admet pas que la personne aimée puisse appartenir à un autre. Qui oserait alors dire que les époux font mal, qu'ils dépassent leur droit en engageant ainsi l'avenir? Ce qui fait la sainteté du lien, c'est justement cette renonciation à tout ce qui n'est pas l'être préféré. Les époux ne font qu'obéir à la voix de la nature en contractant un lien irrévocable. Bentham, il est vrai, pense que le législateur doit se mettre en garde contre ce danger : « Croire à la perfection de l'objet aimé, dit-il, à l'éternité de la passion, ce sont des illusions qu'on peut pardonner à deux enfants dans l'aveuglement de l'amour; mais de vieux jurisconsultes, des législateurs blanchis par les années ne doivent pas donner dans cette chimère. » Sans doute le législateur ne doit se laisser guider que par la froide raison, mais celle-ci vient confirmer, pour le mariage, l'instinct de la nature humaine. Elle est obligée de reconnaître, en effet, que tout ce qui tient à la nature est perpétuel. Rien ne peut dégager les parents des obligations dont ils sont tenus envers leurs enfants, ni les enfants des devoirs qui les lient à leurs parents. Pour quel motif les rapports et les obligations entre époux seraient-ils différents? La théorie de la liberté indi-

viduelle absolue comporte une restriction pour les parents, pourquoi n'en existerait-il pas une aussi pour les époux?

D'ailleurs cette théorie, suivant laquelle on n'a pas le droit de toucher à la liberté individuelle est fausse de tous points. Personne ne l'a mieux demontré que Hume, un philosophe d'origine protestante et qui certes n'écrivait pas sous l'influence de croyances religieuses : « Quoique le cœur humain aime naturellement la liberté, dit-il, et laisse tout ce à quoi on veut le forcer, il lui est pourtant tout aussi naturel de se soumettre à la nécessité et de perdre les inclinations auxquelles il voit qu'il lui est impossible de satisfaire. Vous attribuez, me direz-vous, à la nature humaine deux principes qui se contredisent, mais l'homme est-il autre chose qu'un amas de contradictions? Cependant il est remarquable que deux principes qui produisent deux effets contraires ne s'entre-détruisent pas toujours: ils règnent chacun à son tour, et lorsque les circonstances lui sont favorables. L'amour, par exemple, est une passion inquiète et impatiente pleine de caprices et de variations ; elle est l'ouvrage d'un moment; un trait, une physionomie, un rien la fait naître et un rien l'éteint tout aussi subitement. Une passion de cette nature demande sur toute chose la liberté. Mais l'amitié est une affection plus paisible et plus calme: la raison y préside, l'habitude l'affermit ; née d'une longue familiarité et d'obligations réciproques, elle ne connaît ni la jalousie, ni la crainte, ni tous ces accès fiévreux de chaud et de froid qui font le doux tourment des cœurs que l'amour a subjugués. Une affection aussi solide gagne à être contrainte; loin d'en souffrir, elle ne va jamais plus loin que lorsqu'un grand

intérêt ou la nécessité même a formé le lien et a engagé deux personnes à fournir la même carrière. Voyons donc lequel des deux doit dominer dans le mariage, si c'est l'amitié ou l'amour. Par là nous pourrons déterminer si c'est la liberté ou la gêne qui lui convient le mieux. Les mariages les plus heureux sont assurément ceux où l'amour, par un long usage, s'est converti en amitié. Il n'y a qu'un fou qui puisse se figurer des transports et des extases au-delà du premier mois. Les romanciers eux-mêmes, malgré la liberté qu'ils ont de feindre, sont obligés d'abandonner leurs héros à leur jour de noces; ils trouvent moins de difficulté à soutenir l'intérêt pendant des années qui se passent en froideur, en dédains et en traverses, que durant une semaine de jouissance et de sécurité. Ne craignons donc point de trop serrer le nœud du mariage. Si l'amitié des époux est solide et suivie, elle ne peut qu'y gagner, et si elle est incertaine et chancelante, c'est le meilleur moyen de la fixer. Il ne faut qu'une prudence médiocre, pour oublier je ne sais combien de querelles et de dégoûts frivoles, lorsque l'on se voit obligé de passer la vie ensemble, au lieu qu'on les pousserait aux dernières extrémités et qu'il en naîtrait des haines mortelles, si l'on était libre de se séparer »(1). C'est aussi ce que disait Portalis devant le Conseil d'Etat, lors de la discussion du titre II du Code civil : « Quand des époux sauront qu'ils ne peuvent pas se délier légèrement, ils seront plus attentifs à se complaire, plus exacts dans leurs obligations mutuelles, plus portés à se ménager et à étouffer des semences de divisions, qui souvent ne s'accroissent et n'amènent une rupture

(1) *Essais moraux et politiques*, I, p. 399 et suiv.

que parce qu'on sait qu'on peut se séparer. Que la générosité qui caractérise le français dans toutes les actions de la vie, ne soit pas bannie de l'intérieur des ménages, et qu'elle s'exerce surtout entre les époux : alors la patience, le pardon, le support, l'indulgence seront les appuis secourables du mariage, et le mariage rentrera dans le sein de la nature et de la morale. » Ainsi, l'intérêt bien entendu des époux, lui aussi, exige qu'ils se considèrent comme liés pour toujours et qu'ils prennent l'engagement, de ne point, du vivant l'un de l'autre, contracter une nouvelle union.

C'est en se fondant sur ces motifs purement juridiques qu'on a récemment attaqué le divorce en France et à l'étranger. Ces raisons sont préférables, du moment qu'on se place au point de vue du droit civil, aux motifs purement religieux sur lesquels on s'était fondé chez nous en 1816 pour abroger le titre du Code civil consacré au divorce (1).

L'indissolubilité du mariage est l'idéal dans le droit comme dans la religion, et toute bonne loi doit consacrer cet idéal ou y tendre dans la limite du possible. Mais est-ce à dire que le législateur puisse dans tous les pays, et à toutes les époques, consacrer l'indissolubilité du lien conjugal, même en violentant les mœurs? Sans doute la nature humaine est partout la même, mais les races et les mœurs diffèrent selon les contrées. On ne conçoit pas une nation régulièrement organisée sans les pouvoirs publics, la famille, la propriété, le respect des contrats. Mais il peut arriver qu'à raison de certaines particularités, tenant à la race, aux mœurs, aux traditions, le législateur soit parfois obligé de consacrer

(1) Voyez tous les travaux préparatoires de la loi de 1816 dans Locré, V, p. 420.

une dérogation au droit naturel. La loi d'Israël ne permettait-elle pas le divorce aux Juifs *à cause de la dureté de leur cœur?* Notre doctrine n'est pas autre.

Nous n'en sommes plus au temps où le législateur se croyait autorisé à imposer des doctrines absolues et conçues *a priori* à une société qu'on voulait reconstituer de fond en comble. On a reconnu les dangers qui résultent de l'application de doctrines purement abstraites à une nation déjà vieille de plusieurs siècles. Les lois doivent, avant tout, répondre aux besoins et aux exigences du pays qu'elles régissent. Il faut donc en arriver à se demander si le divorce est nécessaire en France. Si oui, il faudra bien se soumettre à regret à cette nécessité et consacrer cette dérogation à l'indissolubilité des liens qui réunissent entre eux les membres d'une même famille, sauf à revenir à l'indissolubilité du mariage dès que les circonstances le permettraient. N'est-ce pas à ce point de vue que se plaçait Treillard lorsqu'il plaidait la cause du divorce au commencement de ce siècle devant le Corps législatif? Il disait franchement que les circonstances, l'influence de la Révolution, la nécessité de satisfaire certaines doctrines philosophiques qui se seraient crues menacées, exigeaient le maintien du divorce. C'est sur le même terrain qu'il faut aujourd'hui se placer encore, et se demander si, à raison des difficultés politiques et religieuses, il n'est pas prudent et plus sage de s'en tenir à l'indissolubilité du mariage, qui a, en outre, l'avantage de consacrer le principe seul vrai et conforme à l'idéal de la loi morale? C'est ici qu'apparaît surtout la faiblesse de la thèse soutenue par les partisans du divorce. Non-seulement l'opinion publique ne réclame pas le divorce, mais elle y répugne même naturellement. Nous connaissons plus

d'un partisan du divorce qui n'ose pas avouer ouvertement ses préférences. Ces personnes n'ignorent pas qu'elles se heurteraient inutilement à l'opinion publique. La cause du divorce n'est pas plus populaire aujourd'hui qu'en 1816. Nous avons vu qu'à cette dernière époque aucune voix ne s'était élevée pour la défendre, tandis qu'il s'est produit un soulèvement général de l'opinion publique quand on a voulu rétablir certains priviléges au profit de l'aîné. Cependant le divorce du Code civil n'avait donné lieu à aucun abus sous le premier empire. C'est seulement dans les moments de troubles qu'on a vu, jusque dans ces derniers temps, reparaître la doctrine du divorce. « Il y a, à la suite des révolutions, disait M. Laboulaye dans son discours du 28 janvier 1875 à l'Assemblée nationale, une loi, toujours la même, qui reparaît et montre l'état des esprits; c'est la loi du divorce. Le divorce est une question que je n'entends pas trancher aujourd'hui. Si l'on ne regarde que les misères de ceux qui sont attachés l'un à l'autre en se détestant, le divorce paraît bien juste. Si on regarde, au contraire, l'effet social, la perturbation que cela jette dans les ménages, on peut hésiter, et on comprend qu'un mariage provisoire a tous les défauts d'un gouvernement provisoire. Je me souviens avoir vu en 1848, sur la place Vendôme, un cortége nombreux de dames éplorées qui se rendaient auprès du ministre de la justice très bienveillant et qui devait se charger de présenter la pétition où l'on demandait le rétablissement du divorce. Ce ministre, où est-il aujourd'hui? Les journaux nous ont appris qu'il avait célébré, il y a quelques jours, l'heureuse cinquantaine de son mariage. Il nous donne ainsi son exemple comme un vivant argument contre le divorce. »

Un projet de loi a été présenté en faveur du divorce à la Chambre des députés en 1876 par l'initiative parlementaire. Plus récemment, un pétitionnaire a voulu soulever cette même question au Sénat; mais l'on s'est borné à demander si le pétitionnaire était célibataire ou marié (1). La dissolution de la Chambre ne permit pas de mettre en discussion cette proposition, que d'ailleurs la commission d'initiative avait rejetée (2). Plus récemment encore, une nouvelle proposition de loi a été présentée à la Chambre, demandant le rétablissement du titre du Code civil relatif au divorce, avec quelques modifications assez importantes (3). En dehors de l'action parlementaire, des procès retentissants ont attiré de nouveau sur cette question l'attention des journalistes et de certains publicistes. Des littérateurs, des auteurs dramatiques se sont faits les champions de la cause du divorce dans leurs livres, dans leurs pièces de théâtre, dans des conférences (4); ils ne sont pas parvenus à

(1) Nous ne citerons qu'à titre de curiosité les projets de la commune de Paris sur le mariage et sur le divorce. Le citoyen Vésinier présente à la séance de la Commune du 17 mai 1871 un projet de loi qui rétablit le divorce, simplifie la célébration du mariage et dispense les futurs époux du consentement de leurs parents. On en serait revenu à cet âge d'or de la première république dont les lois avaient considéré le mariage comme un contrat civil ordinaire; il aurait été permis à chaque époux de demander, sans l'assentiment de l'autre, la dissolution du mariage pour cause d'incompatibilité d'humeur. Dans ses actes, la Commune de Paris alla plus loin ; elle assimila, sous certains rapports, le mariage et l'union libre, en leur reconnaissant les mêmes effets. Un arrêté ayant accordé une indemdité journalière aux femmes des gardes nationaux, « la commission exécutive, nous dit Félix Pyat, a donné ordre aux délégués aux mairies de ne faire aucune distinction entre les femmes légitimes et les femmes dites illégitimes vivant maritalement. » (*Journal des journaux*, I, p. 356).

(2) On trouvera dans le *Journal officiel* des 22, 23, 25, 26, 28 juin 1876, 10 décembre 1876, l'exposé des motifs du projet de M. Naquet et le rapport de M. Constans.

(3) Voir le *Journal officiel* du 1er juin 1878 et du 29 mars 1879.

(4) Emile Augier, *Mme Caverlet*. — Legouvé, *Une Séparation*. — Alexandre Dumas, *La question du divorce*.

émouvoir l'opinion publique. Peut-être ont-ils dépassé la juste mesure et compromis leur cause en essayant de nous prouver que la séparation de corps est un mal et le divorce un bien. De son côté, le public ne s'est pas laissé prendre aux théories des doctrinaires. « Qui fait que trois ouvriers sur huit ont deux ménages? dit M. Legouvé, dans son *Histoire universelle des femmes* : L'indissolubilité. Qui fut cause qu'en 1830, la commission des récompenses, lorsqu'elle s'occupa de secourir les veuves des combattants de juillet, vit arriver deux et trois veuves pour chaque mort? L'indissolubilité. » Il y a longtemps déjà que la question du divorce se discute; toutes les opinions ont été recueillies, toutes les solutions ont été essayées. La controverse n'est pas sur le point de s'éteindre, car, quel que soit le système adopté, elle trouve nécessairement des ennemis. Si c'est l'indissolubilité qui prévaut, les avocats de la passion et du malheur s'insurgent; si c'est le divorce, ceux de la famille protestent; ils pensent avec plus de raison que le divorce et la séparation de corps sont deux maux, et qu'entre eux il faut choisir le moindre.

Nous avons dit qu'il se produit en ce moment, de diverses parts, une agitation tendant au rétablissement du divorce; mais ce mouvement n'est-il pas factice et ne tient-il pas aux circonstances politiques? La question du divorce a le tort d'être comprise en France, comme beaucoup d'autres, dans certains programmes politiques, et de même que l'on voit certaines personnes demander la liberté de l'enseignement dans l'intérêt de l'Eglise contre l'Etat, de même d'autres réclament le divorce dans l'intérêt, bien ou mal entendu, de l'Etat contre l'Eglise. Mais il n'est pas possible de dire que malgré l'agitation de ces derniers temps, il se soit pro-

duit une manifestation énergique de la nation par voie de pétition ou autrement en faveur de cette institution ; car on ne saurait admettre que quelques milliers de curieux attirés dans des conférences par le talent ou le nom de l'auteur ou par l'attrait de la curiosité, représentent l'opinion publique tout entière. Parmi ceux qui se sont faits les promoteurs du divorce, il en est, sans doute, qui sont guidés par la seule énergie de leurs convictions, mais on compte aussi quelques personnalités bruyantes prêtes à se livrer sur tout projet de loi excentrique, afin qu'on les voie de loin, et qu'on s'aperçoive de leur présence.

Nous ne contestons pas que les uns et les autres font valoir de sérieux arguments en faveur de leur thèse, et nous avons mûrément réfléchi sur les objections qu'ils adressent à notre doctrine. Nulle part cependant nous n'avons pu trouver la réfutation de l'argument capital, décisif qui condamne le divorce. Cet argument, le voici : les statistiques constatent, comme on l'a vu plus haut, que dans tous les pays présentant des affinités de race et de mœurs avec la France, le nombre des divorces tend sans cesse à augmenter et suit une progression très rapide. On en est même arrivé à s'inquiéter de cet état de choses. Il est donc certain que le divorce produit fatalement l'abus du divorce, et l'abus du divorce compromet l'existence même de la famille.

Les partisans du divorce se fachent surtout sur ce que le mariage indissoluble crée, suivant eux, des situations intolérables. « Que d'injustices, écrivait Daniel Stern, commises et souffertes sous le manteau de la légalité ! Que d'êtres nobles et délicats mortellement atteints dès les premiers jours de la jeunesse ! Est-il juste, peut-il être utile que l'époux de la femme adul-

tère porte la honte au front, que celui de la femme stérile se voie à jamais déshérité des joies de la paternité; que la femme aimante et chaste subisse à toute heure, avec l'affreuse pensée de l'irrévocable, le despotisme sans contrôle d'un mari vicieux, débauché, accepté plus souvent que choisi avant l'âge du vrai discernement. » On semble oublier que la séparation de corps donne à l'époux indignement trompé dans ses espérances le droit de vivre dans le calme et la solitude. Il est vrai qu'elle suppose une sorte de célibat forcé, même pour l'épouse outragée. Mais cette condamnation au célibat, si fâcheuse qu'elle soit, n'est-elle pas imposée à une foule de personnes, notamment à ce nombre si considérable de jeunes filles qui ne peuvent se marier à cause de l'insuffisance de leur fortune. Supposer qu'on ne peut pas vivre honnêtement dans le célibat, comme le prétendent les partisans du divorce, c'est vraiment faire injure à un grand nombre de personnes. D'ailleurs, l'époux séparé et innocent ne peut-il pas se dévouer à l'éducation des enfants qui lui ont été confiés? Si cette vie lui paraît trop dure, dans la plupart des cas, le temps finira par calmer sa douleur ou son irritation, et rien ne dit qu'un rapprochement ne pourra s'opérer entre les deux époux. Parfois, il est vrai, dans des cas exceptionnels dont la rareté diminue l'intérêt, ce rapprochement sera impossible. Mais la loi n'a pas à s'occuper des exceptions, et ne peut pas sacrifier l'intérêt général à celui d'une centaine de personnes. Un second mariage serait-il plus heureux? L'expérience ne permet guère de l'espérer. Le tribun Carion Nisas affirme que pendant la Révolution, sur trente actes de divorces, on en trouvait dix dans lesquels un des époux ou tous deux divorçaient pour la seconde fois. S'il en était ainsi,

n'avait-il pas raison d'ajouter : « Ce que l'on prend pour une incompatibilité relative, n'est autre chose qu'une insociabilité absolue. »

On reproche aussi à la séparation de conduire à l'adultère. N'est-ce pas répéter encore une fois et sous une autre forme qu'il n'est pas possible de vivre honnêtement dans la continence? « Ce qui pousse à l'adultère, ce sont les mauvaises mœurs des époux séparés et non point la séparation; et les mauvaises mœurs, c'est la fragilité du lien conjugal qui les déchaîne. C'est une erreur de croire que les passions s'apaisent par les satisfactions qu'on leur donne. Après avoir répudié sa première femme, Henri VIII en épousa successivement cinq autres. Qui donc autorise à affirmer que les désordres ne subsisteraient pas malgré le divorce? Ils persisteraient, s'il est vrai qu'ils tiennent plus aux passions des individus qu'au vice des institutions; seulement la majesté de la loi aurait été une fois de plus profanée. Mieux vaut le scandale en révolte contre la loi, que le scandale approuvé par elle (1) ».

Ceux qui demandent l'introduction du divorce en France se trompent, comme ceux qui réclament la suppression du mariage civil : les uns veulent nous imposer une institution qui ne convient pas à nos mœurs; les autres menacent ou tout au moins inquiètent une des libertés auxquelles nous tenons le plus, celle de la conscience.

Que dire de la doctrine qui consiste, en réalité, à supprimer le mariage? Certains socialistes, communistes ou autres, font disparaître la famille et subordonnent tout à l'Etat. Ce que Lycurgue et Platon (2),

(1) Legrand, *Le mariage et les mœurs en France*, p. 218.
(2) Platon voulait que l'éducation des hommes fût aussi celle des

avaient tenté ou indiqué par des raisons politiques, les doctrines sociales modernes le proposent à leur tour, dans un but économique. Au dévouement des parents pour leurs enfants, à la piété filiale, à la solidarité morale établie par l'esprit de famille, ces doctrines substituent un mécanisme social artificiel qui ramènerait l'humanité à l'état de barbarie et anéantirait la liberté individuelle, seule source de tous nos droits et de tous nos devoirs. La ruche et la fourmillière sont le type idéal de l'ordre social rêvé par ces dangereux esprits. Après avoir supprimé la famille, ces doctrinaires avilissent la propriété privée et transforment le travail en une fonction sociale. Ils ont d'ailleurs le mérite de la logique. La destruction de la société exige celle de la famille et réciproquement; la promiscuité des sexes est la base naturelle du communisme social. On ne se borne plus à discuter l'organisation du mariage; le mariage est attaqué; on en demande la suppression; on l'accuse d'être la seule cause de prostitution, de l'avortement et de l'infanticide; il faudrait le remplacer par l'union libre, et libre dans le sens le plus absolu du mot, au point de dispenser l'homme et la femme des devoirs de chasteté et de fidélité conjugales.

Ces doctrines sur la famille et le mariage, ou pour mieux dire contre la famille et le mariage, sont précisément celles de M. Naquet et il semble permis de le rappeler au moment où il essaie de provoquer une certaine agitation en faveur du divorce (1). Quelques citations extraites de son livre, devenu célèbre par le

filles; il demandait que les femmes des guerriers furent communes toutes à tous; il admettait aussi la communauté des enfants, etc. (*République*, liv. 5.)

(1) Naquet, agrégé à la Faculté de médecine de Paris (*Religion, propriété, famille*, 1 vol., 1869.)

scandale qu'il a produit au moment de sa publication, prouveront facilement que nous n'avons rien exagéré. M. Naquet reproche à la famille de maintenir l'esprit de tradition ; il reproche aux parents de transmettre leur doctrine à leurs enfants: « Avec la famille, écrit-il, on peut presque dire qu'un homme ne meurt pas. Avant de mourir, il a eu le temps d'inculquer ses idées et ses sentiments dans le cerveau de ses enfants, qui deviennent un nouveau lui-même et qui continuent ses traditions, bonnes ou mauvaises. Il est vrai que les choses ne se passent pas toujours de la sorte, qu'il y a des hommes qui abandonnent les erreurs de leurs parents et se jettent hardiment dans les voies nouvelles. Ces cas, très rares autrefois, deviennent même de plus en plus fréquents chaque jour, mais cela tient à ce que la famille se dissocie, à ce que l'on en sort plus jeune pour se frotter avec le reste de la société. Plus fortement est constituée la famille, plus les traditions sont difficiles à détruire, plus le progrès est lent. » Pour supprimer la tutelle naturelle de la famille, et la remplacer par le mécanisme artificiel de l'Etat, M. Naquet s'en prend à la famille et au mariage. Il leur reproche d'ailleurs bien d'autres maux. Le mariage, selon lui, est une atteinte portée à la liberté individuelle et à la loi de la nature, car il subsiste même après que l'un des époux a cessé d'aimer l'autre et « cet époux n'est plus dans des conditions favorables à la reproduction de l'espèce, et non-seulement il a le droit, mais encore le devoir social de chercher un amour nouveau. » La famille et le mariage supprimés, M. Naquet organise la société sur les bases suivantes : « Dans l'avenir, dit-il, le pivot de la famille ne sera plus le père, ce sera la mère, la mère seule qui pourra laisser son

32

nom aux enfants, et qui, pendant leur enfance, aura sur eux certains droits limités.

« Comme la femme ne pourrait à la fois élever ses enfants et gagner sa vie, comme d'ailleurs l'homme n'aura plus aucune obligation vis-à-vis d'elle, la société devra lui venir en aide. A cet effet, pour chaque enfant qu'elle aura, et jusqu'à ce que cet enfant ait atteint un âge déterminé, la société lui comptera une somme annuelle qui devra être calculée de manière à lui permettre de vivre aisément.

« Lorsque l'âge prescrit sera atteint, les enfants entreront à l'école nationale, ils auront la faculté ou d'être tout à fait internes, et alors toutes les dépenses seront à la charge de la société, ou d'être externes et de continuer à habiter avec leur mère, auquel cas la mère n'aura le droit de réclamer aucun subside.

« Jusqu'à un certain âge (quinze ou seize ans), tous les enfants recevront le même enseignement primaire. A cet âge, des concours seront ouverts, concours où l'on tiendra compte des succès obtenus pendant toute la durée des études précédentes. Ceux qui sortiront victorieux de ces concours, seront envoyés dans les Universités et recevront l'enseignement supérieur. Ceux, au contraire, qui auront échoué dans le concours recevront un enseignement professionnel conforme à leurs aptitudes et à leur choix.

« Si, parmi ces derniers, il en est qui veuillent suivre l'enseignement supérieur, ils le pourront, s'ils trouvent des moyens d'existence. La société leur procurera toujours l'enseignement gratuit, mais elle ne se chargera plus de leur entretien.

« L'éducation terminée et les diplômes obtenus, soit dans l'enseignement professionnel, soit dans l'enseigne-

ment supérieur, chaque individu (à quelque sexe qu'il appartienne), recevra de la société un certain capital et la société cessera de s'occuper de lui.

« Il est évident que pour la France, une telle organisation exigerait un budget de cinq à six milliards au moins, même lorsqu'on aurait supprimé de notre budget actuel toutes les dépenses inutiles. Ce budget ne serait cependant pas impossible à obtenir et cesserait même d'être très onéreux pour les contribuables.

« En effet, on pourrait n'imposer que le capital et soumettre à celui-ci un impôt progressif calculé cependant de manière à ne point détruire tout l'intérêt qui s'attache à son accumulation.

« En outre, la société hériterait de tous les biens des citoyens décédés, et une telle loi serait alors sûrement respectée. Ce qui la rendrait impuissante de nos jours, c'est le sentiment familial ; ce sentiment, une fois éteint chez l'homme, on n'aurait plus le même intérêt à éluder la loi, et à coup sûr, si beaucoup d'hommes sont capables de se dessaisir de leur vivant en faveur de leurs enfants, peu sont capables d'en faire autant pour des étrangers.

« Ce système social résoudrait l'antinomie propriétaire. Chacun entrerait dans la vie avec un capital sensiblement le même, chacun aurait à peu près la part d'occupation du capital social à laquelle il a équitablement droit ; la propriété deviendrait, dans tous les cas, le résultat du travail ou le fruit du talent. En un mot, un homme ne posséderait pas ce qu'il aurait produit, sauf des exceptions assez rares pour être négligées. La transformation de la famille ferait donc cesser une grande injustice sociale, qu'on chercherait vainement à éteindre en touchant directement à la propriété. En même temps,

elle accroîtrait la liberté de chaque individu par la destruction des entraves que le mariage entraîne ; elle permettrait à l'amour de se manifester librement et d'assurer le perfectionnement de l'espèce, sans épidémies et sans misère. »

M. Naquet n'a jamais rétracté ces doctrines ; il est donc permis de présumer qu'il les professe encore aujourd'hui. Mais alors comment expliquer son projet sur le divorce, si ce n'est comme un acheminement vers son idéal, qui est la suppression de la famille et du mariage. Les adversaires du divorce se trouvent ainsi d'accord avec M. Naquet sur un point : c'est que le divorce compromet le mariage et la famille. M. Naquet le propose et ses adversaires le repoussent dans le même but. Nous reconnaissons volontiers que le divorce a trouvé dans la personne de M. Naquet un défenseur actif, éloquent et convaincu, mais peut-être aussi compromettant.

Le savant député et professeur reconnaît lui-même les inconvénients du divorce et les met en lumière dans son livre déjà cité. « Après le divorce, écrivait-il à cette époque, qui donc viendrait en aide aux enfants qui donc paierait les frais de leur éducation ? Ni la société, ni le père. Direz-vous qu'une loi obligerait le père divorcé à subvenir aux frais nécessaires à l'entretien de ses enfants ? Cette loi pourrait avoir une valeur vis-à-vis des gens riches qui ont des biens saisissables, elle serait nulle vis-à-vis de la classe la plus nombreuse. Un ouvrier, même de bonne foi, ne pourrait faire face aux frais d'entretien de ses enfants, quand il aurait à payer d'ailleurs son propre entretien dans un second ménage. Si le père est honnête, la nécessité de subvenir aux besoins de ses enfants l'empêchera de divorcer, et s'il

est malhonnête, les enfants n'auront plus aucune garantie. Tant que toutes les charges incomberont au père, le mariage sera de fait indissoluble, malgré toutes les lois qu'on pourra faire qu'il ne le soit pas. Les lois qui auraient pour but de détruire l'indissolubilité du mariage n'augmenteront que la liberté des coquins au préjudice des bons. » Ailleurs il dit encore : « Si on admettait le divorce, l'institution du mariage serait tout à fait transformée ; elle n'aurait plus les avantages que lui reconnaissent ses partisans ; elle manquerait à un des buts qui lui sont assignés par ces derniers, la garantie de protection donnée à la femme et aux enfants, cette protection n'étant possible dans le système du mariage actuel que par l'indissolubilité du lien conjugal. » Nous n'accuserons pas l'auteur de ces lignes de s'être mis dans son projet de loi en contradiction avec un livre de 1869. Son système, au contraire, s'enchaîne et se déduit avec beaucoup de logique, seulement en 1869 M. Naquet allait droit au but, tandis qu'aujourd'hui, plus prudent et plus pratique, il se contente d'un moyen et se résigne à prendre la route détournée du divorce. Du moment qu'il reconnaît d'ailleurs que le divorce est un mal et que cependant il l'emploie comme moyen de compromettre le mariage, la discussion semble épuisée entre ses adversaires et lui. Tous sont d'accord sur les effets du divorce, mais les mêmes motifs qui déterminent l'auteur du projet de loi en sa faveur ne font que confirmer ses adversaires dans la doctrine contraire.

104

APPENDICES ET PIÈCES JUSTIFICATIVES

I

Loi allemande du 6 février 1875 sur la preuve de l'état civil et sur le mariage.

TITRE 1er. — NOTIONS GÉNÉRALES.

Art. 1er. — La preuve des naissances, des mariages et des décès ne résulte que des inscriptions faites sur les registres par des fonctionnaires de l'Etat nommés par l'Etat.

Art. 2. — L'organisation des ressorts d'état civil est arrêtée par l'autorité supérieure. Un ressort peut comprendre une ou plusieurs communes, comme les communes les plus importantes peuvent être divisées en plusieurs ressorts.

Art. 3. — Dans chaque ressort il y a un officier de l'état civil et au moins un suppléant. Si l'officier de l'état civil et son suppléant sont empêchés ou si ces fonctions sont momentanément vacantes, l'autorité chargée de la surveillance des actes de l'état civil détermine parmi les officiers de l'état civil voisins ou les suppléants celui qui doit recevoir les actes par intérim. Cette disposition ne s'applique qu'autant qu'il n'en a pas été décidé autrement par l'autorité supérieure conformément à l'article 4.

Les ministres des cultes ne peuvent être officiers de l'état civil ni suppléants.

Art. 4. — Toutes les fois que le ressort de l'état civil corres-

pond à celui de la commune, le maire, le bourgmestre ou son suppléant remplit la charge d'officier de l'état civil, à moins que l'autorité supérieure n'ait nommé un fonctionnaire spécial. Le maire d'une commune peut toujours, avec l'autorisation de l'autorité supérieure, transporter les fonctions d'officier de l'état civil à un autre fonctionnaire ou membre de la municipalité. L'autorité communale peut aussi décider qu'il y aura un officier de l'état civil spécial; la nomination est faite par le maire, sauf ratification de l'autorité supérieure. Le suppléant est nommé de la même manière.

Les officiers de l'état civil et les suppléants nommés par les maires sont fonctionnaires municipaux.

Art. 5. — Les nominations ou confirmations émanant de l'autorité supérieure sont toujours révocables.

Art. 6. — Lorsqu'un ressort d'état civil comprend plusieurs communes, l'officier de l'état civil et son suppléant sont nommés par l'autorité supérieure.

Chaque maire ou bourgmestre de l'une de ces communes peut être contraint à accepter les fonctions d'officier de l'état civil ou de suppléant.

Les dispositions des lois locales d'après lesquelles ces fonctions appartiennent déjà à un maire de l'une des communes réunies ne sont pas abrogées.

Art. 7. — Les traitements des officiers de l'état civil nommés conformément à l'article 4 sont à la charge des communes. Les officiers de l'état civil nommés en vertu de l'article 6, alinéas 2 et 3, ont droit, de la part des communes autres que celle à laquelle ils appartiennent, à un traitement spécial et proportionnel. La fixation du traitement est faite par l'autorité inférieure; en cas de plainte, l'autorité supérieure statue en dernier ressort. Lorsque l'autorité supérieure choisit comme officier de l'état civil ou suppléant une personne autre que le maire, le traitement est payé par la caisse de l'Etat.

Art. 8. — Les faux frais sont dans tous les cas à la charge des communes. Cependant les registres et les formulaires pour extraits sont fournis gratuitement aux communes par l'autorité centrale de l'empire.

Art. 9. — Dans les ressorts d'état civil comprenant plusieurs communes, le traitement de l'officier de l'état civil, celui de

son suppléant, le montant des frais matériels sont répartis entre les communes en proportion de leur population.

Art. 10. — On assimile aux communes, sous le rapport de la présente loi, les territoires ruraux; de même, les représentants de ces territoires, sont assimilés aux maires.

Art. 11. — La surveillance des affaires de l'état civil appartient aux autorités inférieures, et, en second dégré, aux autorités supérieures, à moins de dispositions contraires dans les lois locales. Le droit de surveillance comprend celui de donner des avertissements, des réprimandes, celui de prononcer des amendes : Pour chaque infraction, l'amende ne peut dépasser 100 marcs.

Lorsque l'officier de l'état civil refuse son ministère, il peut être assigné en justice à la diligence de la partie intéressée. Est compétent le tribunal de première instance dans le ressort duquel l'officier de l'état civil exerce ses fonctions. A moins de dispositions contraires dans les lois locales, la plainte s'introduit et la procédure s'engage en la forme gracieuse.

Art. 12. — Tout officier de l'état civil tient trois registres : celui des naissances, celui des mariages, celui des décès.

Art. 13. — Les insertions dans les registres de l'état civil se font les unes à la suite des autres, sous des numéros d'ordre, sans abréviations. Les intervalles qu'on est obligé de laisser en blanc doivent être remplis par des traits de plume; les dates essentielles sont écrites en toutes lettres.

Conformément aux déclarations verbales qui sont faites, les actes doivent contenir les mentions suivantes :

1° Le lieu et le jour de l'insertion;

2° La désignation des comparants;

3° L'indication par l'officier de l'état civil qu'il a constaté, et de quelle manière, l'identité des comparants;

4° La mention que l'acte a été préalablement lu aux comparants qui l'ont approuvé;

5° La signature des comparants, ou, s'ils ne savent ou ne peuvent signer, leur signe ou l'indication du motif pour lequel ils n'ont pas pu remplir cette formalité;

6° La signature de l'officier de l'état civil.

Les insertions faites sur notifications écrites doivent indi-

quer au bas de celles-ci le lieu et le jour où elles ont eu lieu et être authentiquées par la signature de l'officier de l'état civil.

Les additions, ratures ou changements, doivent être portés en marge et faits en même temps que l'insertion.

Art. 14. — Chaque insertion sur le registre doit être, le jour, même, reproduite en copie authentique sur le second registre par l'officier de l'état civil.

A la fin de chaque année, l'officier de l'état civil doit arrêter chaque registre, tant celui des originaux que celui des copies, indiquer au bas le nombre des insertions qui ont été faites et remettre le registre des copies à l'autorité chargée de la surveillance ; celle-ci, après examen, en fait le dépôt au tribunal de première instance, où il est conservé.

Les insertions faites dans le registre des originaux, après l'envoi de celui des copies, doivent être communiquées, sans délai, par extraits certifiés, à l'autorité chargée de la surveillance, qui veille à ce que ces insertions soient reproduites dans le registre des copies.

Art. 15. — Les registres régulièrement tenus font preuve de tous les faits qu'ils sont destinés à constater et qu'ils constatent, jusqu'à preuve de faux ou de l'inexactitude des indications qui ont servi de bases à la rédaction. Les extraits ont même force probante lorsqu'ils sont certifiés conformes au registre original ou à celui des copies, avec signature et timbre de l'officier de l'état civil ou du fonctionnaire judiciaire compétent.

C'est aux juges à apprécier, en fait, dans quelle mesure l'inexécution des dispositions de la présente loi sur la tenue des registres diminue ou même supprime la force probante.

Art 16. — Les actes sont dressés sans frais et sans droit de timbre.

Contre payement des droits annexés à la présente loi, les officiers de l'état civil sont tenus de laisser chacun consulter les registres ou d'en délivrer des extraits certifiés. Toutefois l'examen des registres et la délivrance des extraits ont lieu sans frais dans l'intérêt public au profit des indigents.

Chaque extrait doit contenir les additions ou modifications qui figurent au registre.

TITRE II. — DES REGISTRES DES NAISSANCES.

Art. 17. — Toute naissance doit, dans la semaine de l'accouchement, être déclarée à l'officier de l'état civil du ressort.

Art. 18. — Sont tenus de faire cette déclaration :

1° Le père légitime;

2° La sage-femme qui a assisté à l'accouchement;

3° Le médecin qui a été présent;

4° Toute autre personne présente;

5° La mère aussitôt qu'elle est en état de remplir cette formalité.

Ces différentes personnes ne sont tenues de cette obligation que les unes à défaut des autres ou en cas d'empêchement de celles qui les précèdent.

Art. 19. — La déclaration peut être faite verbalement par les personnes qui y sont obligées, ou même par toute autre personne qui a par elle-même connaissance de la naissance.

Art. 20. — En ce qui concerne les naissances qui ont lieu dans les établissements publics (maisons d'accouchement, maisons de sage-femme, hôpitaux, prisons ou autres lieux semblables), comme dans les casernes, l'obligation de déclarer la naissance est imposée exclusivement au chef de l'établissement et au fonctionnaire délégué à cet effet. Une déclaration écrite en la forme officielle, suffit.

Art. 21. — En cas de doute sur la sincérité d'une déclaration, l'officier de l'état civil doit faire tout ce qui lui paraît nécessaire pour arriver à la découverte de la vérité.

Art. 22. — L'acte de naissance doit contenir :

1° Les prénoms, nom, profession ou qualité, domicile du déclarant;

2° Le lieu, le jour et l'heure de la naissance;

3° Le sexe de l'enfant;

4° Les prénoms de l'enfant;

5° Les prénoms, nom, religion, profession ou qualités, domicile des parents.

En cas de naissance de jumeaux, il faut, dans l'acte de

naissance de chaque enfant, indiquer d'une manière spéciale et précise l'ordre chronologique des différentes naissances.

Lorsque les prénoms de l'enfant ne sont pas encore choisis au jour de la déclaration, il faut les faire connaître ensuite et au plus tard dans les deux mois de la naissance. Ils sont indiqués en marge de l'acte de naissance.

Art. 23. — Quand un enfant est mort-né ou meurt pendant l'accouchement, il faut faire la déclaration au plus tard le lendemain. L'insertion a lieu alors sur le registre des actes de décès avec les indications des nos 1 à 3 et 5 de l'article 22.

Art. 24. — Quiconque trouve un enfant nouveau-né est tenu d'en faire, au plus tard le lendemain, la déclaration à la police. Celle-ci est chargée des recherches nécessaires et doit faire inscrire la naissance sur le registre des naissances de l'officier de l'état civil du ressort. L'acte de naissance mentionnera l'époque, le lieu et les circonstances de la découverte, la nature et les particularités des vêtements et autres objets trouvés sur l'enfant, les signes corporels de l'enfant, son âge probable, son sexe, le nom des fonctionnaires ou personnes chez qui l'enfant a été remis et les noms qu'on lui a donnés.

Art. 25. — La reconnaissance d'un enfant naturel ne peut être mentionnée sur le registre des naissances qu'autant qu'elle a été faite devant l'officier de l'état civil ou par acte judiciaire ou notarié.

Art. 26. — Lorsqu'on n'est fixé d'une manière définitive sur l'état d'un enfant qu'après la rédaction de son acte de naissance, ou que son état civil se trouve modifié par légitimation, adoption ou autre faits analogues, cette modification, à la condition qu'elle soit constatée par acte authentique ou qu'elle résulte d'une procédure régulière, peut, sur la demande de tout intéressé, être mentionnée en marge de l'acte de naissance.

Art. 27. — Quand la déclaration de la naissance n'a pas été faite dans les trois mois, l'acte de naissance ne peut plus être dressé qu'avec la permission de l'autorité chargée de surveiller les actes de l'état civil et après enquête. Les frais de cette enquête restent à la charge de la partie qui est en faute de n'avoir pas fait la déclaration en temps utile.

TITRE III. — Des conditions du mariage.

Art. 28. — Le mariage suppose le consentement des futurs époux et l'âge requis par la loi.

L'homme ne peut se marier qu'à partir de vingt ans accomplis, la femme à partir de seize ans. Des dispenses peuvent être accordées.

Art. 29. — Les enfants légitimes ont besoin, pour contracter mariage, les fils jusqu'à vingt-cinq ans et les filles jusqu'à vingt-quatre ans, du consentement de leur père.

Si le père est mort, il faut celui de la mère, et si les enfants sont mineurs, le consentement du tuteur est en outre nécessaire.

Quand le père et la mère sont décédés, les mineurs ont besoin du consentement de leur tuteur.

A la mort des père et mère, il faut assimiler le cas où ils se trouvent hors d'état de faire connaître leur volonté et celui où l'on ignore leur résidence.

Il ne peut être question d'exiger le consentement du tuteur pour les mineurs qui, d'après les lois locales, ne sont pas en tutelle. C'est ce droit local qui détermine dans quel cas il faut consulter le tribunal de tutelle ou le conseil de famille.

Art. 30. — On applique aux enfants naturels les règles établies par l'article précédent pour les enfants légitimes qui ont perdu leur père.

Art. 31. — Pour les enfants adoptifs, le consentement de l'adoptant remplace celui du père naturel. Cette disposition ne s'applique pas dans les parties de l'empire où l'adoption ne confère pas la puissance paternelle.

Art. 32. — En cas de refus du père ou de la mère de consentir au mariage, l'enfant majeur peut passer outre avec autorisation de justice.

Art. 33. — Le mariage est prohibé : entre parents en ligne directe ; — entre frère et sœur germains, consanguins ou utérins ; — entre alliés en ligne directe, sans distinction, selon que le parenté ou l'alliance résulte du mariage ou de toute autre union, et en particulier pour l'alliance, sans distinction,

suivant que le mariage qui l'a produite existe encore ou est dissous ; — entre l'adoptant et l'adopté tant que durent les rapports de l'adoption; — entre l'époux coupable d'adultère et son complice. Des dispenses peuvent être accordées dans ce dernier cas.

Art. 34. — Personne ne peut contracter un nouveau mariage tant que le précédent n'est pas dissous ou annulé.

Art. 35. — Les femmes ne peuvent pas, sauf dispense, se remarier tant qu'il ne s'est pas écoulé dix mois depuis la dissolution ou l'annulation du précédent mariage.

Art. 36. — Les conséquences des unions contractées contrairement aux prohibitions des articles 28 à 35 sont déterminées par les lois locales. Ce sont aussi ces lois qui fixent les effets de la violence, de l'erreur, du dol.

Art. 37. — Le mariage est interdit pendant la durée de la tutelle, entre la pupille et le tuteur ou les enfants du tuteur; mais si le mariage avait été célébré il ne serait pas nul.

Art. 38. — Les dispositions relatives aux autorisations ou conditions propres aux mariages des militaires, des fonctionnaires et des étrangers resteront en vigueur, mais l'absence de ces conditions n'empêchera pas le mariage d'être valable.

On appliquera la même règle aux dispositions qui exigent, avant la célébration du mariage, la justification par état ou par titre ainsi que la garantie d'une certaine fortune.

Art. 39. — Toutes les dispositions qui apportent au mariage des restrictions non reproduites dans la présente loi sont abrogées.

Art. 40. — Le droit d'accorder des dispenses pour lever des empêchements n'appartient qu'à l'autorité civile. Quant à l'exercice de ce droit, il est fixé par les règlements locaux.

TITRE IV. — De la forme du mariage et de l'acte qui le constate.

Art. 41. — Dans toute l'étendue de l'empire d'Allemagne, le mariage ne peut être valablement contracté que devant l'officier de l'état civil.

Art. 42. — Est compétent l'officier de l'état civil dans le res-

sort duquel l'un des futurs époux a son domicile ou sa résidence habituelle. Si plusieurs officiers de l'état civil sont compétents, les futurs époux ont le droit de choisir entre eux.

Un mariage contracté conformément aux dispositions de la présente loi ne peut être annulé pour incompétence de l'officier de l'état civil.

Art. 43. — L'officier de l'état civil compétent peut déléguer par écrit celui d'une autre localité pour la célébration du mariage.

Art. 44. — Le mariage doit être précédé d'une publication. Est compétent pour la faire tout officier de l'état civil qui, d'après l'article 42, a qualité pour célébrer le mariage.

Art. 45. — Avant de requérir la publication, il faut produire à l'officier de l'état civil la preuve que les conditions exigées par la loi sont remplies. En particulier, les futurs époux doivent fournir, en bonne et due forme : leur acte de naissance, l'assentiment écrit des personnes dont le consentement est nécessaire au mariage.

Le fonctionnaire de l'état civil peut dispenser de la production de ces pièces si les faits qu'elles doivent établir lui sont personnellement connus ou peuvent être prouvés autrement et d'une manière digne de foi. Il peut aussi passer outre, malgré les irrégularités peu importantes de ces piéces, comme par exemple s'il y a des différences d'orthographe dans les noms, ou si les prénoms ne correspondent pas, alors d'ailleurs que l'identité des intéressés est établie autrement et d'une manière certaine. L'officier de l'état civil a toujours le droit d'exiger des futurs époux l'affirmation sous serment des faits qui ne lui paraissent pas suffisamment établis par les pièces produites ou par les autres moyens de preuve qu'on lui a présentés.

Art. 46. — La publication doit se faire :

1° Là où les futurs époux ont leur domicile;

2° Au lieu de la résidence habituelle, si celle-ci est distincte du domicile;

3° Si l'un des futurs époux a changé de domicile depuis moins de six mois, à l'ancien et au nouveau domicile.

La publication contient: les prénoms, les noms de famille,

la qualité ou la profession, les domiciles des futurs époux et de leurs parents, elle doit être affichée pendant deux semaines à l'hôtel de ville, à la maison commune ou dans le lieu assigné par les autorités communales aux publications.

Art. 47. — Lorsque la localité, où la publication doit être faite, est à l'étranger, alors la publication, au lieu de se faire dans la forme précédente, se fait aux frais de l'impétrant, par voie d'insertion dans une des feuilles publiées ou répandues dans cette localité. Le mariage ne peut pas être célébré tant qu'il ne s'est pas écoulé deux semaines depuis le jour où a paru le numéro du journal contenant la publication.

On est dispensé de cette insertion dans les journaux si l'on produit un certificat de l'autorité étrangère attestant qu'à sa connaissance il n'existe pas d'empêchement au mariage.

Art. 48. — Toutes les fois que l'officier de l'état civil connaît un empêchement, il doit surseoir à la célébration.

Art. 49. — Lorsque le mariage doit être célébré par un officier de l'état civil autre que celui qui a fait la publication, celui-ci doit délivrer une attestation constatant que la publication a eu lieu à telle date, et qu'à sa connaissance il n'y a pas d'empêchement au mariage.

Art. 50. — Le droit d'accorder dispense de publication n'appartient qu'à l'autorité civile. L'exercice de ce droit est déterminé par les réglements locaux. En cas d'urgence, à cause d'une maladie mortelle constatée par le médecin, l'officier de l'état civil peut célébrer le mariage sans publication.

Art. 51. — La publication cesse de valoir dès que six mois se sont écoulés sans que le mariage ait été célébré.

Art. 52. — Le mariage a lieu en présence de deux témoins. Les futurs époux répondent successivement à la formule légale de l'officier de l'état civil : consentez-vous à vous unir l'un à l'autre par mariage? L'officier de l'état les déclare unis au nom de la loi, et le mariage est formé.

Art. 53. — Pour pouvoir être témoin, il suffit d'être majeur. La parenté ou l'alliance entre les témoins et les parties ou entre témoins seulement n'est pas une cause d'incapacité.

Art. 54. — L'insertion sur le registre des mariages doit contenir :

1° Les prénoms, nom, religion, âge, état ou qualité, lieu de naissance, domicile de chacun des époux;

2° Les prénoms, nom, état ou qualité, domicile de leurs parents;

3° Les prénoms, nom, âge, état ou qualité, domicile des témoins;

4° Les réponses des futurs époux;

5° La déclaration de l'officier de l'état civil.

Un certificat constatant la célébration du mariage est délivré séance tenante aux époux.

Art. 55. — Quand un mariage est annulé, déclaré inexistant ou dissous par divorce, il faut en faire mention en marge de l'acte de mariage.

Les dispositions des lois locales relatives aux déclarations et aux preuves qu'il faut fournir à l'autorité compétente pour obtenir ainsi la dissolution d'un mariage resteront en vigueur.

TITRE V. — DES ACTES DE DÉCÈS.

Art. 56. — Tout décès doit être déclaré, au plus tard le lendemain, à l'officier de l'état civil dans le ressort duquel il a eu lieu.

Art. 57. — La déclaration doit être faite par le chef de famille; à son défaut ou s'il est empêché, par la personne au domicile ou à la résidence de laquelle le décès s'est produit.

Art. 58. — On applique aux déclarations de décès les dispositions des articles 19 à 21. Lorsqu'un décès donne lieu à une enquête officielle, l'insertion du décès ne peut être faite que sur la présentation d'une décision écrite de l'autorité compétente.

Art. 59. — L'acte de décès comprendra:

1° Les prénoms, nom, qualité ou profession du déclarant;

2° Le lieu, le jour et l'heure du décès;

3° Les prénoms, nom, religion, âge, qualité ou profession, domicile et lieu de naissance du défunt;

4° Les prénoms et nom de son conjoint ou l'indication que le défunt était célibataire ou veuf;

5° Les prénoms, noms, qualités ou profession, domicile des parents du défunt;

Si l'on ne pouvait fournir l'une de ces indications, l'acte de décès devrait le constater.

Art. 60. — Aucune inhumation ne peut être faite sans l'autorisation de la police, tant que la mort n'a pas été constatée sur le registre des décès. Si l'inhumation avait eu lieu contrairement à cette disposition, l'acte de décès ne pourrait être dressé qu'avec la permission de l'autorité chargée de la surveillance des actes de l'état civil, qui devrait ouvrir préalablement une enquête.

TITRE VI. — Des actes de l'état civil des personnes qui se trouvent en mer.

Art. 61. — Les naissances et les décès qui ont lieu à bord d'un bâtiment pendant un voyage en mer, doivent être constatés sur le registre-journal du bord, conformément aux dispositions de la présente loi, au plus tard le lendemain du jour de la naissance ou du décès, par le capitaine du bâtiment assisté de deux officiers ou de deux personnes dignes de foi ; en cas de décès il faut indiquer aussi les causes présumées de la mort.

Art. 62. — Le capitaine doit remettre à l'autorité maritime avec laquelle il peut le plus tôt communiquer, deux copies par lui certifiées des actes dressés. Une de ces copies reste à l'autorité maritime, l'autre est envoyée à l'officier de l'état civil dans le ressort duquel se trouve le domicile des parents de l'enfant ou à celui du dernier domicile du défunt, et cette copie est insérée sur le registre.

Art. 63. — En cas de décès ou d'empêchement du capitaine, c'est au pilote qu'incombent les obligations imposées par les articles 61 et 62.

Art. 64. — Aussitôt le navire de retour dans un des ports de l'empire, à la fin de son voyage, le journal du bord doit être soumis à la vérification de l'autorité chargée de surveiller les actes de l'état civil du port. Cette autorité doit vérifier si la copie extraite du journal du bord a été reproduite sur les registres de l'officier de l'état civil compétent.

TITRE VII. — De la rectification des actes de l'état civil.

Art. 65. — La rectification d'un acte de l'état civil ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une décision de l'autorité judiciaire. Elle se fait au moyen d'une mention en marge de l'acte à rectifier.

Art. 66. — A moins de dispositions contraires dans les lois locales, on observe pour la procédure de rectification les règles suivantes :

Toutes les fois qu'une rectification d'un acte de l'état civil est demandée à l'autorité chargée de surveiller la tenue des registres, ou que celle-ci croit nécessaire une rectification d'office, cette autorité doit entendre les parties intéressées et provoquer leurs explications au moyen d'une publication dans un journal. L'affaire est ensuite soumise au tribunal de première instance. Celui-ci peut prescrire de nouveaux éclaircissements et débouter le demandeur et le renvoyer à se pourvoir par voie d'action en justice. D'ailleurs on applique les formes de la procédure gracieuse.

TITRE VIII. — Dispositions pénales.

Art. 67. — Tout prêtre ou ministre du culte qui procède à la célébration d'un mariage religieux sans avoir demandé la preuve du mariage civil antérieur, encourt une amende qui peut s'élever jusqu'à 300 marcs ou un emprisonnement de trois mois au plus.

Art. 68. — Quiconque ne fait pas les déclarations prescrites par les articles 17 à 20, 22 à 24, 56 à 58, peut être condamné à une amende de 150 marcs ou plus, ou à l'emprisonnement. Ces pénalités ne sont plus encourues dès que les déclarations ont eu lieu, lors même qu'elles auraient été faites par d'autres que ceux qui en étaient chargés.

Ces pénalités s'appliquent aussi au capitaine ou au pilote qui n'observe pas les dispositions des articles 61 à 64.

Les officiers de l'état civil doivent également observer les

obligations que leur impose la présente loi, sous peine d'encourir pour chaque contravention une amende qui ne peut dépasser 16 marcs.

Art. 69. — L'officier de l'état civil qui célèbre un mariage contrairement aux prescriptions de la présente loi peut être condamné à une amende s'élevant jusqu'à 600 marcs.

Art. 70. — Les droits et amendes perçus en execution de cette loi profitent, à moins de dispositions contraires dans les lois locales, aux communes qui supportent les traitements des officiers de l'état civil.

Art. 71. — Les règles relatives aux fonctions d'officier de l'état civil des militaires en garnison hors d'Allemagne, de ceux qui quittent leur domicile en cas de mobilisation, de ceux qui servent à bord de la marine de l'Etat et d'autres bâtiments, seront déterminées par des ordonnances impériales.

Art. 72. — Le choix des officiers de l'état civil (ainsi que les règles relatives à la tenue des registres) des souverains, des membres des familles souveraines, comme des membres de la famille de Hohenzollern, dépend d'ordonnances des chefs de l'Etat. Les précédents usages relatifs aux mariages par procureur et aux publications sont maintenues. Au surplus, la loi actuelle ne modifie ni les lois particulières, ni les usages relatifs aux conditions des mariages des membres de ces familles, ni les juridictions compétentes pour les difficultés relatives à ces mêmes mariages.

Art. 73. — Les personnes qui ont jusqu'à la présente loi tenu les registres civils ou d'église relatifs aux naissances, mariages, décès, conservent le droit et l'obligation de délivrer des extraits relatifs aux naissances, mariages, décès constatés avant la mise en vigueur de la loi actuelle.

Art. 74. — Resteront en vigueur les dispositions des lois locales qui accordent droit à une indemnité aux ministres du culte à l'occasion de l'introduction des registres de l'état civil et du mariage civil, comme celles qui imposent à certaines personnes l'obligation de déclarer les naissances et les décès.

Dans les pays où la célébration du mariage doit être précédée d'une publication faite par un fonctionnaire civil qui n'est cependant pas officier de l'état civil, ce fonctionnaire continuera pour cet acte à remplacer l'officier de l'état civil.

Art. 75. — Dans les paroisses frontières qui ont aussi un territoire étranger, le droit antérieur reste en vigueur pour la constatation des naissances et des décès comme pour la forme de mariage dans les localités où cette loi ne peut pas s'appliquer : les ministres des cultes continueront à y être compétents. En ce qui concerne l'application de la loi prussienne du 9 mars 1874, il faut entendre par droit antérieur celui qui était en vigueur avant cette dernière loi.

Art. 76. — Les tribunaux civils sont seuls compétents pour les contestations relatives aux mariages et aux promesses de mariage. Les jugements des tribunaux ecclésiastiques comme ceux des tribunaux civils qui seraient fondés sur des lois religieuses sont nuls.

Art. 77. — Dans les cas où, d'après le droit jusqu'alors en vigueur, il y avait lieu à la séparation de corps perpétuelle entre époux, on devra à l'avenir prononcer la dissolution du mariage par divorce.

En cas de séparation de corps perpétuelle prononcée avant la mise en vigueur de la présente loi, chacune des parties, à moins de réconciliation antérieure, a le droit, en se fondant sur le jugement déjà rendu, de demander le divorce suivant les formes ordinaires de la procédure.

Art. 78. — En Bavière, les causes matrimoniales qui, avant la mise en vigueur de la présente loi, se trouveraient liées par la signification du jugement déclarant la demande admissible, seront jugées par le tribunal saisi conformément à la législation antérieure.

Dans le même pays, le divorce pourra être substitué à la séparation de corps perpétuelle antérieurement prononcée, à la condition que le tribunal, sur la demande de l'un des époux, déclare le mariage dissous en procédant dans la forme prescrite par l'article 675, alinéas 1 et 2, du Code sur la procédure civile du 29 avril 1869.

La procédure des affaires matrimoniales se règle, dans les parties de la Bavière qui se trouvent sur la rive droite du Rhin, par le titre 26 du Code précité, et dans le Palatinat conformément à l'article 69 de la loi qui y a introduit le Code de procédure.

Art. 79. — La présente loi entrera en vigueur à partir du

1er janvier 1876. Les Etats de l'empire ont le droit de mettre en vigueur avant cette époque, soit la loi tout entière, soit seulement le titre 3 et l'article 77.

Art. 80. — Les publications faites avant la mise en vigueur de la présente loi, conformément à la législation antérieure, seront valables.

Art. 81. — A l'égard des naissances et des décès antérieurs à la mise en vigueur de la présente loi et qui n'auraient pas encore été constatés à cette époque, on appliquera la loi nouvelle, avec cette modification que le point de départ du délai pour faire les déclarations prescrites sera le jour même de la mise en vigueur de la nouvelle loi.

On appliquera les mêmes règles au cas où, au jour de la mise en vigueur de la présente loi, l'enfant n'aurait pas encore reçu ses prénoms.

Art. 82. — Les droits ecclésiastiques perçus pour les baptêmes et les mariages ne sont pas abrogés par la présente loi.

Art. 83. — Les dispositions nécessaires pour l'exécution de la présente loi seront prises par chaque Etat en particulier toutes les fois qu'il n'existera pas déjà de dispositions du parlement à cet égard.

Art. 84. — Le pouvoir central de l'empire détermine quelles sont, dans chaque localité, les autorités désignées sous les noms administration supérieure, administration inférieure, autorité communale, justice de première instance.

Art. 85. — La présente loi n'abroge pas les dispositions de celle du 4 mai 1870 relatives aux mariages et aux actes de l'état civil des nationaux de l'empire qui se trouvent à l'étranger.

Le chancelier de l'empire peut conférer à tout agent diplomatique ou consulaire de l'empire les attributions relatives à la célébration des mariages et aux actes de l'état civil des nationaux de l'Empire et de ceux qui vivent sous sa protection. Cette disposition entrera en vigueur à partir du 1er mars 1875.

II

PREMIER TABLEAU DU DIVORCE ET DE LA SÉPARATION DE CORPS DANS LES PRINCIPAUX PAYS DE L'EUROPE.

I. — *Pays où la séparation de corps existe seule :*

France Espagne Portugal Italie	race latine.

II. — *Pays où le divorce existe seul :*

Roumanie	race latine.
Suisse Empire d'Allemagne Suède Norwège Danemarck	race germanique.
Russie Monténégro Serbie	race slave.

III. — *Pays où existent le divorce et la séparation de corps perpétuelle :*

Belgique	race latine.
Angleterre Hollande Autriche-Hongrie	race germanique.
Pologne russe	race slave.

III

SECOND TABLEAU DU DIVORCE ET DE LA SÉPARATION DE CORPS EN EUROPE (1).

I. — *Pays où la séparation de corps perpétuelle pour causes déterminées existe seule :*

Race latine	France (Code civil modifié par la loi du 8 mai 1816). Espagne (Loi du 18 juin 1870). Portugal (Code de 1867).

II. — *Pays où la séparation de corps perpétuelle existe seule pour causes déterminées ou par consentement mutuel :*

Race latine	Italie (Code de 1866).

III. — *Pays où le divorce existe seul pour causes déterminées :*

Race germanique	Suisse (Loi fédérale du 24 décembre 1874 et pour le canton de Genève, loi du 5 avril 1876). Bavière (Loi d'empire du 6 février 1875). Brunswick. Francfort-sur-le-Mein.

(1) On ne parle dans ce travail que de la séparation de corps perpétuelle ; il n'est pas tenu compte de la séparation de corps temporaire, qui n'existe, le plus souvent, que comme préliminaire du divorce.

Race germanique	Hambourg. Ancien royaume de Hanovre. Saxe (Code civil de 1863 modifié par la loi d'empire du 6 février 1875). Wurtemberg (Loi d'empire du 6 février 1875 et Loi du 8 août même année). Suède (Code de 1734).
Race slave	Russie (Le Zwod). Serbie (Code de 1844). Monténégro.

IV. — *Pays où le divorce existe seul, soit pour causes déterminées, soit par consentement mutuel :*

Race latine	Roumanie (Code de 1865).
Race germanique	Bade (Code civil français modifié par la loi du 29 mai 1811 et par la loi d'empire du 6 février 1875). Danemarck (Code de 1687 modifié). Norwège (Code de 1687). Prusse (Landrecht et loi d'empire du 6 février 1875).

V. — *Pays où existent la séparation de corps et le divorce, mais seulement pour causes déterminées :*

Race germanique	Angleterre (Act de 1857).

VI. — *Pays où existent la séparation de corps pour causes déterminées et le divorce, soit pour causes déterminées, soit par consentement mutuel :*

Race latine	Belgique (Code civil français).

VII. — *Pays où existent le divorce pour causes déterminées et la séparation de corps perpétuelle pour causes déterminées ou par consentement mutuel :*

Race germanique	Hollande (Code de 1838).

VIII. — *Pays où la séparation de corps pour causes déterminées et le divorce pour causes déterminées existent, mais conformément à la religion des époux :*

Race slave	Pologne russe (Loi du 24 juin 1836).

IX. — *Pays où la séparation de corps pour causes déterminées ou par consentement mutuel existe seul pour les catholiques et pour les autres, le divorce conformément à la loi religieuse ou même par la volonté d'un seul pour incompatibilité d'humeur :*

Race germanique	Autriche (Code civil de 1811).

X. — *Pays où existe la répudiation :*

Turquie et chez les Slaves méridionaux, mahométans des autres pays de l'Europe orientale.

IV

EXTRAIT DU DISCOURS DE TREILLARD AU CORPS LÉGISLATIF SUR LE PROJET DE LOI RELATIF AU DIVORCE ET QUI EST DEVENU LE TITRE VI DU LIVRE Ier DU CODE CIVIL.

Le gouvernement n'a pas dù se dissimuler les difficultés d'une loi sur le divorce : l'intérêt, les passions, les préjugés, les habitudes, des motifs encore d'un autre ordre, toujours respectables par la source même dont ils émanent, présentent, s'il est permis de le dire, à chaque pas des ennemis à combattre : tous ces obstacles, le Gouvernemeut les a prévus, et il a du se flatter de les vaincre, parce que son ouvrage ne doit être offert ni à l'esprit de parti, ni à des passions exaltées, mais à la sagesse d'un corps politique placé au-dessus du tourbillon des intrigues, qui sait embrasser d'un coup d'œil l'ensemble d'une institution, et consacrer de grands résultats quand ils offrent beaucoup plus d'avantages que d'inconvénients.

C'est dans cette conviction que je présenterai les motifs du projet de loi sur le divorce, et sans en discuter chaque article en particulier, je m'attacherai aux grandes bases. Leur sagesse une fois prouvée, tout le reste en deviendra la conséquence nécessaire.

Faut-il admettre le divorce? pour quelles causes? dans quelles formes? quels seront ses effets?

Faut-il admettre le divorce?

Vous n'attendez pas que, cherchant à résoudre cette grande question par les autorités, je fasse ici l'énumération des peuples qui ont admis ou rejeté le divorce; que je recherche péniblement s'il a été pratiqué en France dans les premiers âges de la monarchie, et à quelle époque l'usage en a été

interdit : je ne dirai rien qui fut nouveau pour vous, et tout le monde doit sentir qu'une question de cette nature ne peut pas se résoudre par des exemples.

L'autorisation du divorce serait inutile, déplacée, dangereuse chez un peuple naissant, dont les mœurs pures, les goûts simples assureraient la stabilité des mariages, parce qu'elles garantiraient le bonheur des époux.

Elle serait utile, nécessaire, si l'activité des passions, et le déréglement des mœurs pouvaient entraîner la violation de la foi promise et les désordres incalculables qui en sont la suite.

Elle serait inconséquente chez un peuple qui n'admettrait qu'un seul culte, s'il pensait que ce culte établit d'une manière absolue l'indissolubilité du mariage.

Aussi, la question doit recevoir une solution différente, suivant le génie et les mœurs des peuples, l'esprit des siècles et l'influence des idées religieuses sur l'ordre politique.

C'est pour nous, dans la position où nous sommes, que la question s'agite : pour un peuple dont le pacte social garantit à chaque individu la liberté du culte qu'il professe, et dont le code civil ne peut par conséquent recevoir l'influence d'une croyance particulière.

Déjà vous voyez que la question doit être envisagée sous un point de vue purement politique. Les croyances religieuses peuvent différer sur beaucoup de points; il suffit pour le législateur qu'elles s'accordent sur un article fondamental, sur l'obéissance due à l'autorité légitime : du reste personne n'a le droit de s'interposer entre la conscience d'un autre et la divinité, et le plus sage est celui qui respecte le plus tous les cultes.

La question du divorce doit donc être discutée, abstraction faite de toute idée religieuse; et elle doit cependant être décidée de manière à ne gêner aucune conscience, à n'enchaîner aucune liberté; il serait injuste de forcer le citoyen dont la croyance repousse le divorce, à user de ce remède; il ne le serait pas moins d'en refuser l'usage quand il serait incompatible avec la croyance de l'époux qui le sollicite.

Nous n'avons donc qu'une question à examiner, dans l'état actuel du peuple français, le divorce doit-il être permis ?

Nous ne connaissons pas d'acte plus solennel que celui du mariage. C'est par le mariage que les familles se forment et que la société se perpétue : voilà une première vérité sur laquelle je pense que tout le monde est d'accord, de quelqu'opinion qu'on puisse être d'ailleurs sur la question du divorce.

C'est encore un point également incontestable, que de tous les contrats, il n'en est pas un seul dans lequel on doive plus désirer l'intention et le vœu de la perpétuité de la part de ceux qui le contractent.

Il n'est pas, et il ne doit pas être moins universellement reconnu, que la légèreté des esprits, la perversité du cœur, la violence des passions, la corruption des mœurs ont trop souvent produit dans l'intérieur des familles des excès tels que l'on s'est vu forcé de permettre de fait la rupture d'unions qu'on regardait cependant comme indissolubles de droit; les monuments de la jurisprudence, qui sont aussi le dépôt des faiblesses humaines, n'attestent que trop cette triste vérité.

Voilà notre position; je demande actuellement si l'on peut raisonnablement espérer, par quelque institution que ce puisse être, de remédier si efficacement et si promptement au désordre, que l'on n'ait plus besoin du remède; si l'on peut trouver le moyen d'assortir si parfaitement les unions conjugales, d'inspirer si fortement aux époux le sentiment et l'amour de leurs devoirs respectifs, qu'on doive se flatter qu'ils ne s'en écarteront plus dans la suite, et qu'ils ne nous rendront plus les témoins de ces scènes atroces, de ces scandales révoltants qui durent forcer si impérieusement la séparation des deux époux. Ah! sans doute, si l'on peut, par quelque loi salutaire, épurer tout à coup l'espèce humaine, on ne saurait trop se hâter de donner ce bienfait au monde. Mais s'il nous est défendu de concevoir de semblables espérances, si elles ne peuvent naître, même dans l'esprit de ceux qui jugent l'humanité avec la prévention la plus indulgente, il ne nous reste plus que le choix du remède à appliquer au mal que nous ne saurions extirper.

Voilà la question réduite à son vrai point : faut-il préférer au divorce l'usage ancien de la séparation de corps? Faut-il préférer à l'usage de la séparation celui du divorce? Ne con-

vient-il pas de laisser aux citoyens la liberté d'user de l'une ou de l'autre voie?

Ecartons avant tout et avec le même soin, les déclamations que se sont permises des esprits exaltés dans l'un et l'autre parti; la vérité et la sagesse se trouvent rarement dans les extrêmes.

Les uns ont parlé du divorce comme d'une institution presque céleste et qui allait tout purifier; les autres en ont parlé comme d'une mission infernale et qui achèverait de tout corrompre; ici le divorce est le triomphe, là c'est la honte de la raison. Si nous croyons ceux-ci, l'admission du divorce déshonorera le Code; ceux-là prétendent que son rejet laissera ce même Code dans un état honteux d'imperfection; le législateur ne se laisse pas surprendre par de pareilles exagérations.

Le divorce en lui-même ne peut pas être un bien, c'est le remède d'un mal. Le divorce ne doit pas être signalé comme un mal, s'il peut être un remède quelquefois nécessaire.

Doit-il être politiquement préféré à la séparation? Voilà la seule question, puisqu'il est reconnu et incontestable que la loi doit offrir à des époux outragés, maltraités, en péril de leurs jours, des moyens de mettre à couvert leur honneur et leur vie.

Le mariage, comme tous les autres contrats, ne peut se former sans le consentement des parties; ce consentement en est la première condition, la condition la plus impérieusement exigée, sans ce consentement il n'y a pas de mariage.

On ne doit cependant pas confondre le contrat de mariage avec une foule d'autres actes qui tirent aussi leur existence du consentement des parties, mais qui, n'intéressant qu'elles, peuvent se dissoudre par une volonté contraire à celle qui les a formés.

Le mariage n'intéresse pas seulement les époux qui le contractent; ils forment un lien entre deux familles, et il crée dans la société une famille nouvelle qui peut elle-même devenir la tige de plusieurs autres familles : le citoyen qui se marie devient époux, il deviendra père; ainsi s'établissent de nouveaux rapports que les époux ne sont plus libres de rompre par leur seule volonté : la question du divorce doit donc

être examinée dans les rapports des époux entre eux, dans leurs rapports avec les enfants, dans leurs rapports avec la société.

Le divorce rompt le lien conjugal ; la séparation laisse encore subsister ce lien ; à cela près, les effets de l'un ou de l'autre sont peu différents : cette union des personnes, cette communauté de la vie qui forment si essentiellement le mariage n'existent plus ; les jugements de séparation prononçaient toujours des défenses expresses au mari de hanter et fréquenter sa femme. Quel est donc l'effet de cette conservation apparente du lien conjugal dans les séparations, et pourquoi retenir encore le nom avec tant de soin, lorsqu'il est évident que la chose n'existe plus ? Le vœu principal du mariage n'est-il pas trompé ? N'est-il pas vrai que l'époux n'a réellement plus de femme, que la femme n'a plus de mari ? Quel est donc encore une fois l'effet de la conservation du lien ?

On interdit à deux époux, devenus célibataires de fait, tout espoir d'un lien légitime, et on laisse subsister entre eux une communauté de nom qui fait encore rejaillir sur l'un le déshonneur dont l'autre peut se couvrir. Nous n'avons que trop vu les funestes conséquences de cet état, et le passé nous annonce ce que nous devrions en attendre pour l'avenir.

Cependant l'un des époux était du moins sans reproche ; il avait été séparé comme une victime de la brutalité ou de la débauche : fallait-il l'offrir une seconde fois en sacrifice par l'interdiction des sentiments les plus doux et les plus légitimes ? L'époux même dont les excès avaient forcé la séparation ne pouvait-il pas mériter quelqu'intérêt ? Etait-il impossible que, mûri par l'âge et par la réflexion, il pût trouver une compagne qui obtiendrait de lui cette affection si constamment refusée à la première.

Certes, si nous ne considérons que la personne des deux époux, il est bien démontré que le divorce est pour eux préférable à la séparation.

Je ne connais qu'une objection ; on la tire de la possibilité d'une réunion ; mais je le demande, combien de séparations a vu le siècle dernier, et combien peu de rapprochements ! Comment pourraient-ils s'effectuer ces rapprochements ?

La demande en séparation suppose déjà des esprits extraordinairement ulcérés ; la discussion, par sa nature, augmente encore la malignité du poison. Le règlement des intérêts pécuniaires, après la séparation, lui fournit un nouvel aliment.

Enfin, chacun des deux époux, isolé, en proie aux regrets, quelquefois aux remords, éprouvant le désir bien naturel de remplir le vide affreux qui l'environne, et cependant sans espoir de fonder une union qu'il pourra avouer, forcé en quelque manière de courir après les distractions par le besoin pressant de se fuir lui-même, se trouve insensiblement entraîné dans la dissipation, et dans tous les désordres qu'elle mène à sa suite.

A Dieu ne plaise que je ne prétende que ce tableau soit celui de tous les époux séparés ! Je dis seulement que l'impossibilité de former un nouveau lien les expose à toutes les espèces de séductions, qu'il faut pour résister à des dangers si pressants, un effort peu commun et dont peu de personnes sont capables, et que l'interdiction d'un lien légitime a souvent plongé sans retour nombre de victimes dans les mauvaises mœurs.

J'ajoute qu'il n'y a presque pas d'exemples de réunion entre deux époux séparés, et que ces réunions furent quelquefois plus scandaleuses que la séparation même : l'on a vu au contraire plusieurs fois, dans les lieux où le divorce était admis, deux êtres infortunés, victimes l'un et l'autre, tant qu'ils furent unis, de la violence des passions, former après leur divorce des mariages qui, s'ils ne furent pas toujours parfaitement heureux, du moins ne furent suivis d'aucun éclat ni d'aucun signe de repentir.

J'en tire cette conséquence que, pour les époux, le divorce est sans contredit préférable à la séparation.

Mais les enfants, que deviennent-ils après le divorce ? Je demanderai à mon tour que deviennent-ils après les séparations ?

Sans doute le divorce ou la séparation des parents forment dans la vie des enfants une époque bien funeste ; mais ce n'est pas l'acte de divorce ou de séparation qui fait le mal, c'est le tableau hideux de la guerre intestine qui a rendu ces actes nécessaires.

Au moins les époux divorcés auront encore le droit d'inspirer pour leur personne un respect et des sentiments qu'un nouveau nœud pourra légitimer; ils ne perdront pas l'espoir d'effacer par le tableau d'une union plus heureuse les fatales impressions de leur union première, et n'étant pas forcés de renoncer au titre honorable d'époux, ils se préserveront avec soin de tout écart qui pourrait les en rendre indignes.

C'est peut-être ce qui peut arriver de plus heureux pour les enfants; l'affection des pères se soutiendra bien plus sûrement dans la sainteté d'un nœud légitime, que dans les désordres d'une union illicite, auxquels il est si difficile d'échapper quand on n'a plus droit de prétendre aux honneurs du mariage.

Mais dira-t-on, les lois ont toujours regardé d'un œil défavorable les secondes noces; je n'examinerai pas si cette défaveur est fondée sur des raisons sans réplique, ou si au contraire, dans une foule d'occasions, un second mariage ne fût pas pour les enfants un grand acte de tendresse; j'observe seulement qu'il ne s'agit point ici d'une épouse à qui la mort a ravi son protecteur et son ami, et dont le cœur, plein de ses premiers sentiments, repousse avec amertume toute idée d'une affection nouvelle.

Il s'agit d'époux dont les discordes ont éclaté, dont tous les souvenirs sont amers, qui éprouvant le besoin de fuir pour ainsi dire leur vie passée, et de se créer une nouvelle existence, se précipiteront trop souvent dans le vice, si les affections légitimes leur sont interdites.

Le véritable intérêt des enfants est de voir les auteurs de leurs jours, heureux, dignes d'estime et de respect, et non pas de les trouver isolés, tristes, éprouvant un vide insupportable, ou comblant ce vide par des jouissances qui ne sont jamais sans amertune, parce qu'elles ne sont jamais sans remords.

Quant à la société, il est hors de doute que son intérêt réclame le divorce, parce que les époux pourront contracter dans la suite de nouvelles unions : pourquoi frapperait-elle d'une fatale interdiction des êtres que la nature avait formés pour éprouver les plus doux sentiments de la paternité. Cette interdiction serait également funeste et aux individus et à la

société : aux individus, qu'elle condamne à des privations qui peuvent être méritoires quand elles sont volontaires; mais qui sont trop amères quand elles sont forcées; à la société, qui se trouve ainsi appauvrie de nombre de familles dont elle eût pu s'enrichir.

Les formes, les épreuves dont le divorce sera environné pourront en prévenir l'abus: espérons que le nombre des époux divorcés ne sera pas grand; mais enfin, quelque peu considérable qu'il soit, ne serait-il pas également injuste et impolitique de les laisser toujours victimes, de changer seulement l'espèce du sacrifice? Et lorsque l'Etat peut légitimement attendre d'eux des citoyens qui le défendront, qui l'honoreront peut-être, faut-il étouffer un espoir si consolant?

Toute personne sans passion et sans intérêt sera donc forcée de convenir que le divorce, qui, brisant le lien, laisse la possibilité d'en contracter un nouveau, est préférable à la séparation qui, ne conservant du lien que le nom, livre deux époux à des combats perpétuels et dont il est si difficile de sortir toujours avec avantage.

Il faut donc admettre le divorce.

Mais le pacte social garantit à tous les Français la liberté de leur croyance : des consciences délicates peuvent regarder comme un précepte impérieux l'indissolubilité du mariage; si le divorce était le seul remède offert aux époux malheureux, ne placerait-on pas des citoyens dans la cruelle alternative de fausser leur croyance ou de succomber sous un joug qu'ils ne pourraient plus supporter? Ne les mettrait-on pas dans la dure nécessité d'opter entre une lâcheté ou le malheur de toute leur vie?

Nous aurions bien mal rempli notre tâche, si nous n'avions pas prévu cet inconvénient : en permettant le divorce, la loi laissera l'usage de la séparation; l'époux qui aura le droit de se plaindre, pourra former à son choix l'une ou l'autre demande : ainsi nulle gêne dans l'opinion, et toute liberté à cet égard est maintenue.

Cependant il ne serait pas juste que l'époux qui a choisi comme plus conforme à sa croyance, la voie de la séparation, dût maintenir pour toujours l'autre époux dont la

croyance peut n'être pas la même, dans une interdiction absolue de contracter un second mariage. Cette liberté, que la constitution garantit à tous, se trouverait alors violée dans la personne de l'un des époux ; il a donc fallu autoriser celui-ci, après un certain intervalle, à demander que la séparation soit convertie en divorce, si l'époux qui a fait prononcer cette séparation ne consent pas à la faire cesser ; et c'est ainsi que se trouvent conciliés, autant qu'il est possible, deux intérêts également sacrés : la sûreté des époux d'un côté, et la liberté religieuse de l'autre.

. . . .
. . . .

V

PROJET DE LOI DE LA COMMISSION DE LA CHAMBRE DES DÉPUTÉS.

Art. 1er. — La loi du 8 mai 1816 est abrogée.

Art. 2. — L'article 227 du code civil est rétabli dans ces termes : « Le mariage se dissout : 1° Par la mort d'un des époux ; 2° par le divorce légalement prononcé. »

Art. 3. — Le titre VI du code civil est rétabli avec les modifications suivantes :

1° L'article 231 est ainsi modifié : « Les époux pourront réciproquement demander le divorce pour excès, sévices ou injures graves de l'un contre l'autre, ainsi qu'à raison de la condamnation de l'un d'eux à une peine simplement correctionnelle pour vol, escroquerie, abus de confiance, outrage public à la pudeur. »

2° L'article 232 est ainsi modifié : « La condamnation de l'un des époux à une peine infamante autre que le bannissement et la dégradation civique prononcée pour cause politique sera pour l'autre époux une cause de divorce.

« L'absence sans nouvelles de l'un des époux pendant cinq ans sera pour l'autre époux une cause de divorce. »

3° L'article 238 du code civil est ainsi modifié . « Le juge ordonnera au bas de son procès-verbal que les parties comparaîtront en personne devant lui au jour et à l'heure qu'il indiquera, et que chacune d'elles devra convoquer, pour assister à cette comparution, ses trois plus proches parents ou alliés dans les termes des articles 407 et suivants du code civil, et qu'à ce double effet copie de son ordonnance sera par lui adressée à la partie contre laquelle le divorce est demandé. »

4° L'article 239 du code civil est ainsi modifié : « Au jour indiqué, le juge, assisté des six plus proches parents ou alliés des époux, convoqués comme il est dit à l'article 238, fera aux deux époux, s'ils se présentent, au demandeur, s'il est seul comparant, les représentations qu'il croira propres à provoquer un rapprochement, et, s'il n'y peut parvenir, il en donnera procès-verbal et ordonnera communication de la demande et des pièces au ministère public et le référé de tout au tribunal. »

5° L'article 277 du code civil, qui dispose que le divorce par consentement mutuel ne pourra plus être admis après vingt ans de mariage ni lorsque la femme aura quarante-cinq ans, est abrogé ;

6° L'article 295 du code civil est ainsi modifié : « Les époux qui divorceront pour quelque cause que ce soit ne pourront plus se réunir si l'un ou l'autre a, postérieurement au divorce, contracté un nouveau mariage. Au cas de réunion des époux, une nouvelle célébration du mariage sera toujours nécessaire ; les époux ne pourront adopter de convention matrimoniale autre que celle qui réglait originairement leur union.

« Après la réunion des époux, il ne sera reçu de leur part aucune nouvelle demande de divorce pour quelque cause que ce soit, autre que celle d'une condamnation à une peine infamante prononcée contre l'un d'eux depuis leur réunion. »

Dispositions transitoires.

Les époux séparés de corps antérieurement à la promulgation de la présente loi auront, sans distinction entre le demandeur et le défendeur, la faculté, lorsque le jugement prononçant la séparation sera devenu définitif depuis trois ans au moins, de faire convertir leur séparation de corps en divorce sans requête et par assignation à bref délai.

Le jugement qui convertira la séparation de corps en divorce sera rendu en audience publique.

L'époux contre lequel la séparation aura été prononcée pour adultère ne sera pas admis a réclamer le bénéfice de cette disposition.

Les instances en séparation de corps actuellement pen-

dantes pourront être converties par le demandeur en instance de divorce. »

Il n'est pas inutile de relever en quelques mots sous quels rapports ce projet s'écarte du système consacré par le code civil.

1) Aux trois causes de divorce admises par le Code, le projet ajoute deux cas nouveaux : le divorce à raison de la condamnation de l'un des époux à une peine correctionnelle pour vol, escroquerie, abus de confiance, outrage public à la pudeur; le divorce pour cause d'absence pendant cinq ans. On remarquera qu'il n'est rien innové en ce qui concerne le divorce pour cause d'adultère : la femme ne pourra le demander contre son mari qu'autant que celui-ci aura tenu la concubine dans la maison commune (cpr. art. 229 à 233 du C. civ.)

2) Toutefois, la condamnation à la peine purement infamante et politique du bannissement, la condamnation à la dégradation civique pour cause politique, ne sont plus comme dans le code civil, des causes de divorce (cpr. art. 232 C. civ.)

3) Le divorce par consentement mutuel est maintenu et même élargi, car le code civil ne le permettait plus après 20 ans de mariage ni lorsque la femme avait atteint l'âge de 45 ans; ces deux restrictions sont supprimées (cpr. art. 277 C. civ.)

4) Le code civil ne voulait pas que les époux divorcés pour une cause quelconque eussent le droit de se réunir de nouveau (art. 295.) D'après le projet, il est permis aux époux divorcés de se remarier entre eux, à moins que l'un ou l'autre n'ait contracté un nouveau mariage; il est bien évident que le projet a en vue le cas où ce nouveau mariage est pourtant dissous, car autrement sa disposition n'aurait aucun sens sérieux. Lorsque les époux divorcés se remarient entre eux, ils sont obligés de reprendre le régime matrimonial auquel étaient autrefois soumis leurs biens; cette disposition a pour objet d'empêcher les fraudes contre les tiers, surtout en cas de divorce par consentement mutuel. Mais les époux ainsi remariés n'ont plus le droit de divorcer si ce n'est pour cause de condamnation à une peine afflictive et infamante.

5) La procédure du divorce est aussi modifiée en deux points. Le Code civil (art. 238) prescrit que la tentative de conci-

liation entre les époux soit faite par le président du tribunal sans qu'aucune personne soit tenue d'y assister. Le projet veut que chaque époux convoque à cette comparution ses trois plus proches parents ou alliés, innovation malencontreuse et condamnée par l'expérience qui a été faite autrefois des tribunaux de famille. La présence des parents disposés à soutenir celui des époux qui appartient à leur famille, ne peut que surexciter les haines et décider chacun des conjoints à persister dans sa résolution. Nous nous dispensons de toute critique sur le divorce pour cause d'absence; nous avons montré l'injustice de cette disposition dans le cours de nos études. Mais le divorce étant admis, nous comprenons qu'on l'autorise pour certaines condamnations correctionnelles et nous approuvons aussi la disposition qui interdit le divorce, par conséquent aussi la séparation de corps, pour cause de condamnation politique au bannissement ou à la dégradation civique.

TABL… 1830 A 1875 (46 ANS)

ANN…	…ILLES.		Communes limitrophes de Bruxelles.	Villes		Totaux des 4 villes et des communes limitrophes de Bruxelles.
	…s.	Bruxelles.		Gand.	Liége.	
1830		»	»	1	»	2
1831		»	»	»	»	1
1832		»	»	1	»	2
1833		2	»	1	3	6
1834		8	1	»	»	9
1835		5	»	»	4	9
1836		6	1	2	4	13
1837		7	1	3	4	17
1838		10	2	2	2	18
1839		5	»	1	2	8
1840		9	1	1	4	15
1841		8	»	2	4	15
1842		7	2	1	2	13
1843		3	1	»	6	11
1844		6	1	1	1	11
1845		[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]	[illegible]

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE.......... ....

APERÇU SUR LES SOURCES DU DROIT CIVIL EN EUROPE.

I. — Généralités.................................... 5
II. — Pays où domine l'élément romain............... 8
A. — Italie............ 8
B. — Espagne.................... 21
C. — Portugal.... 29
D. — Roumanie............................ 34
E. — Grèce................................ 38
III. — Pays où l'influence du droit romain ne s'est pas fait sentir 40
A. — Angleterre............................ 40
B. — Pays Scandinaves...................... 71
C. — Russie................................ 79
IV. — Pays où l'élément romain et l'élément germanique se sont fusionnés....... 85
A. — France................................ 85
B. — Allemagne 98
C. — Suisse........ 114
V. — Conclusion. Tendance du droit civil moderne.... 119

LE MARIAGE CIVIL ET LE DIVORCE

Dans les principales législations de l'Europe
Étude de législation comparée.

Introduction 133

PREMIÈRE PARTIE.

Notions historiques 138
A. — Peuples de l'antiquité 138
B. — Suite. Droit mosaïque 145
C. — Droit athénien 151
D. — Droit romain 154
E. — Lois barbares 181
F. — Féodalité 197
G. — Influence de l'Eglise ; droit canonique 203

SECONDE PARTIE

DROIT FRANÇAIS JUSQU'EN 1880.

A. — Ancien droit français 227
B. — Époque révolutionnaire ; loi du 20 septembre 1792. 252
C. — Le code civil ; l'abolition du divorce 263
D. — Belgique, Alsace-Lorraine et Genève 276

TROISIÈME PARTIE

LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES.

I. — Aperçu général 281
II. — Législations des nations de race latine 284
A. — Italie 284
B. — Espagne 295
C. — Portugal 301
D. — Roumanie 305
III. — Pays où domine l'élément germanique 308
A. — Angleterre 308
B. — Hollande 325
C. — Allemagne 329
D. — Suisse 381
E. — Autriche 396
IV. — Pays slaves 411
A. — Russie 411
B. — Slaves méridionaux 424
V. — Pays scandinaves 433
A. — Danemarck 433
B. — Suède et Norwège 438
VI. — États-Unis 453

QUATRIÈME PARTIE.

Statistique 459

CONCLUSION 475

APPENDICES ET PIÈCES JUSTIFICATIVES.

I. — Loi allemande du 6 février 1875 sur la preuve de l'état civil et sur le mariage 503
II. — Premier tableau du divorce et de la séparation de corps dans les principaux pays de l'Europe... 519
III. — Second tableau du divorce et de la séparation de corps en Europe 520
IV. — Extrait du discours de Treillard 523
V. — Projet de loi de la commission de la Chambre des députés 532
VI. — Tableau synoptique des divorces en Belgique de 1830 à 1875 536

CHAUMONT. — TYPOGRAPHIE CAVANIOL.



